Die Novation nach österreichischem und reichsdeutschem Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich Wilhelm-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Artur Skrotzki

Gerichtsreferendar aus Stettin

Breslau 1933

Druck von R. Nischkowsky

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Privatdozent Landgerichtsrat Dr. Krusch.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Braut.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Vorbemerkung 1

Erster Abschnitt.
Die Novation im allgemeinen.

§ 2. Der Novationsbegriff 2
§ 3. Zulässigkeit und Rechtsnatur der Novation 7
§ 4. Die Terminologie 11

Zweiter Abschnitt.
Die einzelnen Bestandteile der Novation.

I. Vorhandensein einer zu novierenden Verbindlichkeit.

§ 5. Die vollgiltige Verbindlichkeit 12
§ 6. Die ungiltige Verbindlichkeit 15
§ 7. Die natürliche Verbindlichkeit 18

II. Abschluß eines Novationsvertrages.

A.
§ 8. Die subjektiven Erfordernisse 21
B. Die objektiven Erfordernisse.
1. Begründung einer neuen Verbindlichkeit.
§ 9. Die Entstehung der neuen Verbindlichkeit 24
§ 10. Die Rechtsgiltigkeit der neuen Verbindlichkeit . . 32
§ 11. Die causa der neuen Verbindlichkeit 33
§ 12. Die Beschränkung auf dieselben Personen 43
2. Der animus novandi.
a. § 13. Allgemein 44
b. Vorliegen des animus novandi in Zweifelsfällen.
§ 14. Die Wechsel- und Scheckhingabe 47
§ 15. Das Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung . . 50
c. Vorliegen des animus novandi als Begriffsnotwendigkeit.
§ 16. Bei der Umschaffung in eine Verbindlichkeit aus kausalem Realvertrag 51
d. Neuerungscharakter eines Vertrages ohne Rücksicht auf den animus novandi durch gesetzliche Vorschrift.
§ 17. Bei dem Saldoanerkenntnis im kaufmännischen Kontokorrent 52
§ 18. Der Vergleich 56

Dritter Abschnitt.
Die Rechtswirkungen der Novation.

§ 19. Vorbemerkung 60
§ 20. Die begründende Seite der Novation 60
§ 21. Die aufhebende Seite der Novation 63

Vierter Abschnitt.
Novationsähnliche Rechtsgeschäfte.

§ 22. Die Schuldänderung 70
§ 23. Die Schuldbegründung erfüllungshalber (akzessorische Schuldbegründung) 74
§ 24. Die selbständige Aufhebung einer Verbindlichkeit und zeitlich damit zusammenfallende Neubegründung einer anderen Verbindlichkeit 76
§ 25. Schluß 77

§ 1. Vorbemerkung.

Der Versailler Friedensvertrag bestimmt in Art. 80, daß der Zusammenschluß des Deutschen Reichs und Österreichs zu einem Staatsganzen untersagt werde. Diese Bestimmung, deren Zweck darin besteht, der Verwirklichung der großdeutschen Idee entgegenzuarbeiten, wird nach den Erfahrungen der Weltgeschichte keinen langen Bestand haben. Denn was eint nicht mehr die verschiedenen Stämme eines Volkes als die gemeinsame Not. Dem elementaren Hinstreben Österreichs zum deutschen Reiche wird auf die Dauer kein Pakt widerstehen können.

Zu den mannigfaltigen Problemen, die bei der Anschlußfrage auftauchen, gehört auch die Frage, wie die Rechtseinheit gewahrt werden kann, ohne daß die eigenständige Entwicklung der letzten Jahrhunderte mißachtet wird. Die österreichischen Kronländer gingen wie alle Staaten zur Zeit des deutschen Partikularismus ihren eigenen Weg. Was dann später das neuerrichtete Reich wieder einte, umfaßte jedoch nicht das außerhalb stehende Österreich. —

Die gesetzliche Grundlage für das bürgerliche Recht ist in Österreich das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811, das im damaligen Zuge der Zeit als Landesrecht zur Beseitigung des artfremden und in vieler Hinsicht abgestorbenen gemeinen Rechts geschaffen wurde. Auf diesem Entwicklungspunkte ist Österreich, abgesehen von den drei Teilnovellen, stehengeblieben, während das deutsche Recht durch das Bürgerliche Gesetzbuch von 1896 ein der modernen Zeit angepaßtes Gesetz erhielt. Allein diese Tatsache läßt vermuten, daß erhebliche Unterschiede zwischen beiden Rechten vorhanden sein dürften. —

Vorliegende Arbeit soll die vergleichende Darstellung eines zivilrechtlichen Rechtgebildes bringen, das im DBGB im Gegensatz zum ABGB gar keine Aufnahme gefunden hat, obwohl sein Anwendungsgebiet und seine praktische Bedeutung durchaus nicht so untergeordneter Natur ist, wie dies zunächst erscheinen mag: Die Novation. —

Erster Abschnitt.

Die Novation im allgemeinen.

§ 2. Der Novationsbegriff.

Das 2. Hauptstück des 3. Teiles des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches behandelt die Umänderung der Rechte und Verbindlichkeiten. Unter den Mitteln zur Herbeiführung einer solchen Umänderung findet sich an erster Stelle die Novation. Was das ABGB unter Novation versteht, sagen die §§ 1376 f.

§ 1376: die Umänderung ohne Hinzukunft einer dritten Person findet statt, wenn der Rechtsgrund oder wenn der Hauptgegenstand einer Forderung verwechselt wird, folglich die alte Verbindlichkeit in die neue übergeht.

§ 1377: Eine solche Umänderung heißt Neuerungsvertrag (Novation) . . . .

Aus der Vorschrift des § 1375 ABGB läßt sich ferner entnehmen, daß dem österreichischen Recht nur die „vertragliche" Novation bekannt ist. Begrifflich wesentlich ist nach diesen Gesetzesbestimmungen für die Neuerung Folgendes:

Aufhebung einer Verbindlichkeit und Begründung einer neuen an deren Stelle tretenden Verbindlichkeit zwischen denselben Personen durch einen einheitlichen Vertrag. —

Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch hat die Novation als selbständiges Rechtinstitut nicht aufgenommen. Es taucht hier die Frage auf, ob das DBGB eine Novation gar nicht kennt, ob diese nach unserem heutigen Recht auch gar nicht anzuerkennen ist. Bevor man diesen Fragen näher zu treten vermag, ist es nötig, sich überhaupt erst darüber klar zu werden, was heute unter Novation zu verstehen ist. Eine kurze Betrachtung der Entwicklungsgeschichte des Novationsbegriffes führt am sichersten an diese Frage heran. —

Für das klassische römische Recht galt im Recht der Schuldverhältnisse der Satz „obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura" (pr. J. de obl. 3. 13). Die unabänderliche feste Bindung von Schuldner und Gläubiger hatte einmal zur Folge, daß der Eintritt eines neuen Schuldners oder Gläubigers unter Aufrechterhaltung der Identität nicht möglich war. Ferner war aber auch eine vertragsmäßige Abänderung eines Schuldverhältnisses, ohne daß dieses seine Identität einbüßte, nur so weit möglich, als die Abänderung sich unter den Begriff der Aufhebung bringen ließ, sei es als teilweise Aufhebung des Schuldverhältnisses oder als Aufhebung von

Nebenverpflichtungen [1]). Da aber nicht jede Änderung des Schuldverhältnisses sich als Aufhebung ansprechen ließ, z. B. die Änderung des Rechtsgrundes, so bildete sich bei den Konsensualverträgen nach und nach eine Notkonstruktion heraus, die die Änderung als Aufhebung des alten und Begründung des neuen Schuldverhältnisses betrachtete. Dies ist der Ursprung der Novation.

Es läßt sich jetzt bereits feststellen: Ausgangspunkt der novatio ist eine Forderung, die beseitigt werden soll, Ziel ist die Begründung einer neuen Forderung und zwar einer solchen, die an die Stelle der alten Forderung tritt.

Welches sind nun die Mittel, diesen Erfolg herbeizuführen?

Zunächst konnte dies durch zwei selbständige Rechtsgeschäfte — Tilgung und Neubegründung der Schuld — geschehen. Allein dies ist keine Novation, denn diese ist ein einheitliches Rechtsgeschäft. Wesentlich ist, daß Tilgung und Neubegründung uno actu vor sich geht. Dieser Erfolg konnte im römischen Recht auf zwei Wegen erreicht werden, einmal durch Vertrag, ferner im Prozeß, nämlich durch die litis contestatio und das Urteil.

Beide üben auf das Forderungrecht des Klägers einen Einfluß dahin aus, daß dieses in bestimmter Weise umgewandelt wird. Es ist aber heute allgemein anerkannt, daß in dieser Prozeßnovation keine Aufhebung der umstrittenen Forderung liegt, sondern nur eine Umwandlung, die mit der vertraglichen Novation nichts gemein hat [2]). Sie scheidet also für die weitere Betrachtung aus.

Bei der vertraglichen Novation bediente man sich zu ihrer Durchführung der Stipulation [3]), durch die eine neue abstrakte Verbindlichkeit begründet wurde. In dieser Neubegründung lag zugleich die Aufhebung der alten Schuld. Der strenge formale Charakter des älteren Rechtes brachte es mit sich, daß der Schwerpunkt des Novationsvertrages auf der strengen Stipulationsform ruhte, während der Parteiwille dagegen stark zurücktritt.

Man [4]) hat sogar versucht, eine auf den Eintritt des novatorischen Erfolges abzielende Parteiabsicht — den animus novandi — für das ältere Recht völlig zu leugnen. Allerdings ist die Beweisführung hierfür nicht gelungen, da die Gleichstellung von litis contestatio und stipulatio, aus der sich dieses

---

[1]) Vergl. Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse 12. Bearbtg. § 42 I. und die dort angeführten Quellenstellen.

[2]) Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandektenrechts II 9. Auflage § 356 S. 522.

[3]) L. 1. § 1 D. 46, 2 „novari verbis".

[4]) v. Salpius, Novation und Delegation S. 139 ff. Vergl. a. Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 62 Note 2, S. 133.

Ergebnis herleitet, zu Unrecht erfolgt ist [5]). Es ist vielmehr mit der zweitaus herrschenden Lehre [6]) anzunehmen, daß neben die formenstrenge stipulatio auch schon im älteren römischen Recht ein animus novandi treten mußte. Dieser brauchte nicht ausdrücklich erklärt werden, er mußte nur nachweisbar sein, für gewisse Fälle wurde er direkt vermutet.

Das Anwendungsgebiet der Novation war im römischen Recht sehr weit. Die strenge Bindung von Gläubiger und Schuldner hatte die Ausbildung von Zession und Schuldübernahme verhindert. Das Ziel dieser Rechtsgeschäfte wurde durch eine Novation, verbunden mit dem gleichzeitigen Eintreten eines neuen Schuldners oder Gläubigers erreicht. Dies war im römischen Recht die Hauptaufgabe, die die Novation zu erfüllen hatte. Das eigentliche rechtliche Wesen der Novation liegt jedoch nicht in diesem Personenwechsel.

Aus diesem kurzen Überblick ergibt sich, daß die vorjustinianische Zeit des römischen Rechts unter Novation folgendes verstand: Die vertragliche Aufhebung einer Forderung durch Begründung einer anderen an ihre Stelle tretenden im Wege der Stipulation unter gleichzeitig vorhandenem darauf abzielenden Parteiwillen. —

Ausgangspunkt und Ziel der Novation blieben im justinianischen Recht die gleichen. Nur der Weg zur Erreichung des Ziels änderte sich. Wohl war auch ein Vertrag zwischen den Parteien nötig, die strengen starren Vertragsformen des älteren Rechts waren aber beseitigt, der Parteiwille trat in den Vordergrund. Der animus novandi wurde in keinem Falle mehr vermutet, er mußte tatsächlich vorhanden sein [7]).

Zwar hatte die justinianische Gesetzgebung den Vorzug, die Fülle der römischen Rechtssätze unverrückbar festgelegt zu haben, bei der Rezeption zeigte sich jedoch der Nachteil, der jeder Kodifikation anhaftet: aus dem feststehenden Text ergibt sich eine Unzahl von Streitigkeiten. Die Novation war in dieser Hinsicht in besonders starkem Maße betroffen. Die Fülle von Kontroversen auch nur anzudeuten, würde weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

Nur eine dieser alten Streitfragen sei hier erwähnt, da sie auch für unser geltendes Recht von gewisser Bedeutung ist. Die Begriffsbestimmung der Novation in den Pandekten, L. 1

---

[5]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten II 1. Abt. 2. Aufl. § 282 Note 24 S. 373. Windscheid-Kipp, Pand. III. § 354 Note 12 S. 514. Witte in Krit. Vierteljahrs-Schrift Bd. 8 S. 321 ff.

[6]) Die unter 5 genannten, ferner Hruza, Z. Lehre v. d. Novation S. 8. Note 11. v. Blume, Novation, Delegation u. Schuldübertragung, Seite 4, Note 2.

[7]) Im gemeinen Recht bestand Streit darüber, ob der animus novandi ausdrücklich erklärt werden mußte oder sich aus den Umständen ergeben konnte.

pr. D. de novat. 46, 2 lautet: „Novatio est prioris debiti in alium transfusio atque translatio, hoc est ut ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur."

Während man im klassischen römischen Recht alte und neue Verbindlichkeit stets als etwas Verschiedenes betrachtete, wurde dies im gemeinen Recht zweifelhaft durch die Wendung „tranfusio atque translatio prioris debiti in alium". Man glaubte hier an eine Fortsetzung der alten Verbindlichkeit in der neuen, kam also dahin, daß man zugleich Aufhebung und Fortbestand derselben Schuld annehmen mußte. Dies lehrte in verschiedenen Wendungen die sogenannte Translationstheorie [8]). Ihr stand entgegen die Substitutionstheorie [9]), die in der transfusio atque translatio nur eine wirtschaftliche Fortsetzung sah. Der Streit ist im gemeinen Recht nicht ausgetragen worden und bildet ein typisches Beispiel für die Verworrenheit der gemeinrechtlichen Novationslehre.

Die Stipulationsform wurde nicht rezipiert. Die Folge davon war, daß man eine zwingende Notwendigkeit dafür, daß die Novation ein abstraktes Rechtsgeschäft sei, nicht mehr anerkennen wollte. Es setzt sich demnach die Lehre durch, daß auch materiellcharakterisierte Verbindlichkeiten eine Novation herbeiführen könnten.

Das Anwendungsgebiet der Novation verlor durch die Ausbildung der Zession und Schuldübernahme stark an Boden. Bei der Unsicherheit ihres Rechtscharakters versuchte man ihr im Verkehr möglichst aus dem Wege zu gehen. —

Die bestehende Verworrenheit suchten die jetzt einsetzenden landesrechtlichen Kodifikationen zu beseitigen, indem sie durch möglichst unstreitige gesetzliche Vorschriften eine klarere Lage schaffen. Daß bei diesem Bemühen bisweilen mit rauher Hand in den Entwicklungsgang eingegriffen wurde, darf nicht wundernehmen. Oberste Aufgabe des Gesetzgebers war, der Unsicherheit ein Ende zu machen.

Vorbildlich ist auf diesem Wege das preußische Allgemeine Landrecht [10]) vorgegangen. Es übernimmt den klassischen römisch-rechtlichen Novationsbegriff unverändert, nur die Mittel sind dem modernen Recht angepaßt. Danach sind die Bestandteile der Novation Aufhebung, Neubegründung, animus novandi in einem Vertrag.

Nicht ganz klar ist allerdings die Frage, ob kausale und abstrakte Verbindlichkeiten gleich fähig sind, eine Umschaffung

---

8) Brinz, Pand. II § 282 Note 8 u. 24. Keller, Pand. § 227 a S. 535. von Salpius, Novation u. Del. Seite 159. Salkowski, Zur Lehre von der Novation S. 43. Unger, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 358 Note 10.

9) Windscheid-Kipp, Pand. II § 353 Note 3 b S. 505. Arndts-Pfaff-Hofmann, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. § 268. Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht II, 3. Aufl. § 105.

10) §§ 450 ff. Tl. I. Tit. 16. Das Gesetz spricht von „Umschaffung".

herbeizuführen. Dieser Streit hat seinen Ursprung jedoch nicht in der Novation selbst, sondern darin, daß die Zuläßigkeit abstrakter Verbindlichkeiten im preußischen Recht überhaupt bezweifelt wurde [11]).

Was den animus novandi anbetrifft, so beendet das ALR die Streitfrage des gemeinen Rechtes (oben Note 7) und entscheidet dahin, daß die Parteiabsicht ausdrücklich zu erklären ist, § 454 ALR I 16. Dies ist dahin zu verstehen, daß sich der Parteiwille unzweifelhaft aus dem Vertrage ergeben muß [12]).

Für das preußische ALR würde sich für die Novation nach diesen Feststellungen folgende Begriffsbestimmung bilden lassen: vertragliche Aufhebung einer Forderung durch Begründung einer neuen an ihre Stelle tretende Verbindlichkeit, die mit dem unzweifelhaft darauf hinzielenden Parteiwillen vorzunehmen ist. —

Die Gegenüberstellung der römisch-rechtlichen und preußisch-landrechtlichen Definition ergibt, daß die beiden Begriffe sich nahezu decken. Der Unterschied liegt lediglich darin, daß die Römer die Novation nur im Wege der formenstrengen stipulatio vornahmen, während im Geltungsbereich des ALR der Formzwang verschwunden ist, und das Schwergewicht auf dem jedermann erkennbaren Parteiwillen ruht. —

Wenn wir im heutigen reichsdeutschen Recht von Novation sprechen, so kann es zunächst zweifelhaft erscheinen, welchen Begriff man hier anwenden wird. Ausscheiden muß begreiflicherweise der Novationsbegriff des Pandektenrechts, da es bei dessen Unklarheit und Streitigkeit im höchsten Grade unvorteilhaft wäre, ihn in unser modernes Recht verpflanzen zu wollen. Durchaus geeignet erscheint aber der Begriff des preußischen ALR. Allerdings ist hier eine kleine Abwandlung insofern zuzulassen, als eine Beschränkung auf kausale novierende Verbindlichkeiten, wie sie z. T. für das ALR verlangt wird, nicht für das heutige reichsdeutsche Recht gilt. Vielmehr dürften hier sowohl kausale wie abstrakte Verbindlichkeiten in gleichem Maße die Novation herbeiführen. Demnach würde heute unter Novation die Aufhebung einer Verbindlichkeit durch vertragliche Begründung einer neuen an deren Stelle tretende abstrakte oder kausale Verbindlichkeit sein unter erkennbar darauf gerichtetem Parteiwillen.

Österreichisches und reichsdeutsches Recht verstehen, soweit sich den Begriffsstimmungen entnehmen läßt, unter Novation im wesentlichen das Gleiche. Dies beruht auf dem gemeinsamen Ursprung, dem römischen Recht. In Einzelheiten scheint allerdings eine nicht unerhebliche Abweichung

---

11) so Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht II, 6. Aufl. § 97 Anm. 26. a. M. Dernburg, Preuß. Privatrecht II 5. Aufl. S. 37. RGZ Bd. 26 S. 77.

12) Dernburg a. a. O.

vorhanden zu sein. Ob diese besteht und worauf sie beruht, wird bei Betrachtung der einzelnen Bestandteile der Novation näher darzulegen sein. —

§ 3. Zulässigkeit und Rechtsnatur der Novation.

Die Zulässigkeit der Novation im österreichischen Recht wird durch ihre positive gesetzliche Regelung zweifelsfrei ausgesprochen.

Anders ist dies im reichsdeutschen Recht. Wie bereits erwähnt, hat das DBGB die Novation als besonderes Rechtsgebilde nicht ausdrücklich geregelt. Dennoch scheint das Gesetz das Vorhandensein der Novation anzuerkennen. Es deuten hierauf die Vorschriften der §§ 364 Abs. 1 und 607 Abs. 2 DBGB hin. Von der Novation selbst ist indessen weder hier noch dort die Rede. Im Falle des § 364 Abs. 1 handelt es sich um die Begründung einer Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt, während § 607 Abs. 2 die Möglichkeiten einer bloßen Änderung einer Verbindlichkeit unter Aufrechterhaltung ihrer Identität sowie ebenfalls nur die Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt umfaßt.

Zur Entscheidung der Frage, ob etwa in diesen Fällen eine Novation vorliegen dürfte, ist es zuvor notwendig, die Rechtsnatur dieses Instituts kurz zu betrachten.

Die Römer betrachteten die Novation als einen besonderen Aufhebungsgrund, der allerdings, wie wir gesehen haben, nur eine Notkonstruktion zur Erklärung einer Änderung des Schuldverhältnisses darstellt. Das gemeine Recht und die landesrechtlichen Kodifikationen benötigten dieser Konstruktion nicht mehr, die Novation glich daher in ihrer Ausgestaltung und ihrer rechtlichen Wirkung nach in allen entscheidenden Punkten derart der datio in solutum, daß man schließlich behaupten konnte und mit Recht auch behauptete, die Novation sei ein Fall der datio in solutum und zwar eine Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt [13]).

Im österreichischen Recht setzten sich für diese Ansicht besonders Hasenöhrl [14]) und Grawein [15]) ein, denen auch die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung [16]) folgte.

---

[13]) so für das gemeine Recht: v. Salpius, Novation, S. 148. Schauberg in Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 11 S. 200. Windscheid-Kipp, Pand. II § 353, N. 3b, S. 505.

[14]) Hasenöhrl, Österreichisches Obligationenrecht 1. Aufl. 1. Band, Seite 36 ff.

[15]) Grawein, Verjährung und gesetzl. Befristung, S. 146.

[16]) Ob.Ger.Hof i/Glaser-Unger Bd. 34 Nr. 2166.

Auch im reichsdeutschen Recht hält die weitaus herrschende Lehre in Wissenschaft [17]) und Rechtsprechung [18]) die Novation für einen Fall der datio in solutum.

Dieser Ansicht ist meines Erachtens entschieden beizutreten, denn sowohl die Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt wie die Novation bestehen darin, daß dem Gläubiger als Äquivalent für das Erlöschen seiner Forderung nicht die geschuldete Leistung sondern eine neue Forderung zufließt. Man könnte nun allerdings geltend machen, die Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt geschehe solvendi causa, die Novation novandi causa. Dort sei der Erfüllungszweck maßgebend, während hier Ersetzung der alten Verbindlichkeit durch die neue Vertragszweck sei. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch rechtlich unerheblich, denn rechtlich ist der Aufhebungszweck auch bei der Novation das maßgebende. Ob die Aufhebung solvendi oder novandi causa geschieht, kann wirtschaftlich wohl von Bedeutung sein, aber auch dies wird selten der Fall sein, da sich Forderungsbegründung in solutum und Novation äußerlich in nichts unterscheiden. Der innere Wille wird aber in dieser Hinsicht kaum jemals in Erscheinung treten.

Allerdings wird diese Ansicht bestritten.

Für das österreichische Recht lehnt Hruza [19]) es ab, die Neuerung als eine Sonderart der datio in solutum zu betrachten. Seine Einwendungen beruhen darauf, daß er das Wesen der Novation in der „Überführung der alten Obligation in die neue" sieht, er folgt also der oben (S. 5) geschilderten gemeinrechtlichen Translationstheorie, die er auf das österreichische Recht zu verpflanzen sucht. Von diesem Standpunkt aus mag die Auffassung Hruzas richtig sein. Jedoch ist diese Lehre auf das österreichische Recht nicht anwendbar, sie wird einstimmig gegen Hruza abgelehnt. Gegen die Translationstheorie spricht im österreichischen Recht folgendes.

Da nach dieser Lehre der „Obligationsstoff", d. h. das der Obligation Wesentliche in die neue Verbindlichkeit übertragen werden soll [20]), so wäre die Folge davon, daß dieser wesentliche Bestandteil in der alten und neuen Obligation immer gleich bliebe. Was nun in den Kreis dieses „Wesentlichen" einzubeziehen ist, darüber besteht keine volle Einigkeit. Tatsache ist aber, daß auf jeden Fall der Leistungsgegenstand

---

17) Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, 11. Bearb. § 75, Note 16, S. 255. Staudinger (Werner), Schuldverh. I. Einleitg. vor § 362, Anm. C I 1 S. 649. Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des Bürgerlichen Rechts S. 277 u. a. m.

18) RG i/Jurist. Wochenschr. 1903 Beil. S. 96. RG. ebenda 1900 S. 11, Nr. 8. RG i/Seufferts Archiv Bd. 62, S. 351 f.

19) Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 147 ff.

20) vgl. oben S. 5.

hierzu gerechnet werden muß. Es würde also schließlich darauf hinauskommen, daß nach dieser Theorie eine Novation nur durch Neuschaffung des Rechtsgrundes, nie aber unter Festsetzung eines anderen Leistungsgegenstandes („Verwechselung des Hauptgegenstandes") vor sich gehen könnte. Dies widerspräche glatt der Vorschrift des § 1376 ABGB, der ausdrücklich die Zulässigkeit der Neuerung durch Verwechselung des Hauptgegenstandes ausspricht. Um diese Vorschrift mit seiner Theorie in Einklang zu bringen, erklärt Hruza, daß die Neuerung durch die Verwechselung des Hauptgegenstandes gar keine Novation in streng juristischem Sinne sei. Es handele sich hierbei vielmehr um ein akzessorisches Schuldversprechen — eine sogenannte kumulative Novation —, der das Gesetz die Wirkungen einer wahren Novation beilegt [21]). Dem ist zu widersprechen. Die Lehre Hruzas benötigt zu ihrer Durchführung immer der Fiktion, daß ein akzessorisches Schuldversprechen unter bestimmten Voraussetzungen die Wirkungen einer Neuerung hat. Es ist aber bedenklich, wenn zur Stützung einer Theorie Fiktionen angenommen werden müssen, um diese mit dem Gesetz in Einklang zu bringen.

Zudem liegen im übrigen auch gar keine Gründe vor, die Translationstheorie nach dem Wortlaut des Gesetzes annehmen zu müssen. Wenn § 1376 ABGB bestimmt, Neuerung vollziehe sich durch Verwechselung des Rechtsgrundes, so heißt das nicht, alles andere „muß" in der neuen Obligation gleich bleiben, sondern alles andere „kann" gleich bleiben. Die Praxis bestätigt dies. Der Wille der Parteien geht vielfach daraufhin, durch die Neuerung von der alten Obligation loszukommen, ohne dieselbe erfüllen zu müssen [22]).

Aus diesen Gründen lehnt die überaus herrschende Meinung [23]) für das österreichische Recht die Translationstheorie ab und bekennt sich zu der Substitutionstheorie.

Die Bindung der neuen Verbindlichkeit reicht demnach nur so weit, als es für das wirtschaftliche Moment der Ersetzung notwendig ist. Die alte Schuld wird aufgehoben, indem die neue Schuld wirtschaftlich an ihre Stelle tritt.

Damit erledigt sich der Einwand Hruzas gegen die Gleichsetzung der Neuerung mit der Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt.

Im reichsdeutschen Recht ist der Versuch, die Translationtheorie zur Anerkennnung zu bringen, nirgends unter-

---

21) Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 148 f.

22) Vergl. Hasenöhrl, Obl. R. II, S. 513. Windscheid-Kipp, Pand. II § 353 Note 3 b S. 505.

23) Kirchstetter, Komm. z. ABGB § 1375 ff. Note 1 S. 674. Stubenrauch, Komm. z. ABGB II § 1377 S. 775 Note 2. Krasnopolski i. krit. Viertelj.Schr. Bd. 25 S. 19. Strohal i. Grünh. Z. Bd. 10, S. 410 ff. Unger ebenda Bd. 15, S. 556 Note 8. Hasenöhrl, a a. O. S. 514 f. Klang (Wolff) Komm. IV, S. 270. a. M. nur Hruza a. a. O.

nommen worden, soweit dies erkennbar ist. Es liegt dies darin begründet, daß die Quellenstelle, auf der diese gemeinrechtliche Lehre fußt, heute allgemein folgendermaßen aufgefaßt wird. Eine transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem ist bei der Novation nur wirtschaftlich gegeben, rechtlich hingegen ist stets eine Neuschaffung anzunehmen [24]). Einer solchen Auffassung steht aber die Annahme einer Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt keineswegs entgegen.

Für das österreichische Recht spricht sich gegen die Annahme einer datio in solutum ferner Unger aus, indem er darauf hinweist, daß der praktische Unterschied zwischen Neuerung und Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt in den Fällen in Erscheinung tritt, in denen das Gesetz an die Erfüllung ganz besondere Folgen knüpft, die in anderen Fällen nicht eintreten [25]). Hierzu gehört besonders eine Reihe von Naturalobligationen, wie z. B. Spiel und Wette, in denen das zur Erfüllung geleistete nicht zurückgefordert werden kann, die aber nicht novierbar sind. „Zur Erfüllung geleistet" ist hiernach aber auch die Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt, die hier in Gegensatz zur Neuerung treten soll.

Diese Auffassung ist jedoch auch abzulehnen, denn sie widerspricht dem Zweck des Gesetzes. Gewiß mag auch eine Leistung durch Erfüllungssurrogate als Erfüllung einer Spielschuld gelten, jedoch nur, wenn dem Gläubiger dadurch effektiv etwas geleistet wird. Die Begründung einer anderen Forderung würde unter Umständen eine Klage im Gefolge haben. Die Gerichte sollen aber mit Forderungen, die auch nur wirtschaftlich Spielforderungen sind, nicht behelligt werden. Also ist eine Forderungsbegründung hier gleichermaßen unwirksam, ob sie solvendi oder novandi causa geschieht. —

Derselbe Einwand wird für das reichsdeutsche Recht von Pantle [26]) erhoben. Hier verstößt die Annahme unterschiedlicher Behandlung zwischen Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt und Novation gegen § 762 Abs. 2 DBGB.

Schließlich wendet gegen die Gleichstellung beider Begriffe Crome [27]) folgendes ein. Im Falle, daß die neue Verbindlichkeit nichtig ist, kommt die Novation nicht zustande, die alte Schuld bleibt also bestehen. Auf die datio in solutum hat die Nichtigkeit der neuen Verbindlichkeit keinen Einfluß, die alte Schuld erlischt also in jedem Falle. Aber dies trifft

---

[24]) Enneccerus-Lehmann, Schuldverh. 11. Bearb. S. 254, Note 15. Staudinger (Werner) Schuldverh. I Einl. v. § 362 Anm. C I 1. S. 649. Leonhard, Allg. Schuldr. S. 639.

[25]) Unger i/Grünh. Z. 15 S. 556 Note 8.

[26]) Pantle, Die Novation nach d. Rechte d. BGB. Tüb. Diss. 1930, S. 48 und 42.

[27]) Crome, System d. bürgerl. Rechts II § 188 Anm. 3.

nicht zu. Ist die neue Verbindlichkeit nichtig, also gar nicht existent geworden, so liegt auch keine Leistung an Erfüllungsstatt vor. Die alte Schuld ist demnach gar nicht erfüllt, sie besteht fort [28]).

Es zeigt sich aus vorstehenden Ausführungen, daß die Angriffe auf die Lehre, die in der Novation und der Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt das gleiche erblickt, erfolglos sind.

Für das reichsdeutsche Recht folgt aus diesem Ergebnis, daß das Gesetz die Novation durchaus anerkennt. Dies ist die heute weitaus herrschende Ansicht. Abgelehnt wird die Novation für das reichdeutsche Recht von Kohler, Siber und Klein.

Kohler [29]) und Siber [30]) halten die gemeinrechtliche Novation mit der Folge gleichzeitigen Erlöschens und Fortbestehens derselben Schuld nach heutigem Recht für eine Unmöglichkeit [31]). Der Rechtserfolg wird durch klare Vereinbarungen des BGB ebenso erreicht.

Kleins [32]) Kampf gilt ebenfalls der Verpflanzung des gemeinrechtlichen Novationsbegriffes in unser heutiges Recht.

Diese Angriffe gehen meines Erachtens gegen einen Gegenstand, dessen Vorhandensein im heutigen Recht niemand behauptet. Die gemeinrechtliche Novation nimmt man nach heutigem Begriff nicht zum Vorbild, wenn von Novation überhaupt die Rede ist. Wie oben in § 2 vielmehr gezeigt wurde, handelt es sich um einen Vertrag, der nicht auf der gemeinrechtlichen sondern unmittelbar auf der römisch-rechtlichen Novation aufgebaut ist, nur das Mittel zur Erreichung des Vertragszieles ist heute nicht mehr die Stipulation, sondern jede vertragliche Neubegründung einer Forderung. —

Eine Vergleichung des österreichischen und reichsdeutschen Rechts ergibt, daß die Novation in beiden Rechten gesetzlich anerkannt ist. Im österreichischen Recht ist sie durch besondere Vorschriften genauer ausgestaltet, das reichsdeutsche Recht hat hierauf verzichtet. Der Grund hierfür lag darin, daß die Verwirrung der gemeinrechtlichen Novation noch stark nachklang und auf die Ausgestaltung hätte einen nachhaltigen Einfluß ausüben können. —

§ 4. Die Terminologie.

Das österreichische Recht hat bei der Ausgestaltung der Novation die Bezeichnung „Neuerung" verwandt. Das deutsche

---

28) Enneccerus-Lehmann, Schuldverhält. 11. Bearb. § 75, Note 16 S. 255.

29) Kohler, Lehrbuch g. bürgerl. Rechts Bd. 2, 1 S. 183.

30) Siber, Schuldrecht, S. 317 Note 8.

31) Kohler, a. a. O.: „Die Novation war ein juristischer Wechselbalg".

32) Klein, Peter, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses S. 9 ff.

Recht krankt infolge Fehlens solcher gesetzlicher Vorschrift an einer großen Mannigfaltigkeit von Ausdrücken. Vielfach wird die Bezeichnung „Novation" beibehalten. Die Nachteile dieser Ausdrucksweise bestehen darin, daß das Wort in allzu offensichtlicher Weise auf das Pandektenrecht hindeutet. Es ist daher Stoll [33]) beizustimmen, der die Bezeichnung Novation unter diesen Umständen ganz aufzugeben rät. Diesem Vorschlag dürfte entschieden beizustimmen sein. Die verschiedentlich vorgeschlagenen Bezeichnungen haben im Grunde alle ihre Berechtigung, jedoch wird ihr Wert durch ihre Uneinheitlichkeit [34]) wieder aufgehoben. Es ist vorteilhafterweise der Bezeichnung der Vorzug zu geben, die schon am meisten in der Sprache des Rechtsverkehrs eingewurzelt ist, wenn sie auch nicht frei von Mängeln ist. Diese Voraussetzung erfüllt meiner Ansicht nach die durch den Sprachgebrauch des ALR gewählte Bezeichnung „Umschaffung", die vor allem in der Praxis der obersten Gerichte eingebürgert ist.

Eine terminologische Trennung der Novation durch abstrakte und kausale Verbindlichkeiten, wie sie sich bei einigen Schriftstellern [35]) findet, ist meines Erachtens überflüssig. Es geschieht dies vielfach in Anlehnung an frühere Rechte, die zum Teil nur abstrakte oder nur kausale Verbindlichkeiten für novationsfähig erklärten. Für das geltende Reichsrecht ist diese Trennung nicht notwendig, da beide Arten von Verbindlichkeiten gleichberechtigt nebeneinander stehen. Daß sich im einzelnen gewisse Abweichungen ergeben, kann nicht eine besondere getrennte Bezeichnungsweise rechtfertigen.

Zweiter Abschnitt.

Die einzelnen Bestandteile der Novation.

I. Vorhandensein einer zu novierenden Verbindlichkeit.

§ 5. Die vollgiltige Verbindlichkeit.

a. Allgemein. Aus der oben ermittelten Begriffsbestimmung des Neuerungsvertrages ergibt sich, daß die erste Voraussetzung zur Herbeiführung einer Neuerung ein Neuerungsobjekt ist, eine Verbindlichkeit, die geneuert werden kann (§ 1375 ABGB).

Dasselbe gilt für den Umschaffungsvertrag des reichsdeutschen Rechts.

---

[33]) Stoll i. Jurist. Wochenschr. 1928 S. 962.

[34]) Staudinger (Kober): Schuldumwandlung. Enneccerus-Lehmann, 12. Bearb.: Schuldneuschaffung und Schuldumschaffung. Leonhard: Schuldersetzung.

[35]) so besonders Enneccerus-Lehmann a. a. O.

Die Verbindlichkeit muß eine solche sein, über die die Parteien frei verfügen können. Auf welchem Rechtsgrunde sie beruht, ist gleichgiltig. Sie kann sich auf gesetzliche Vorschriften gründen, sei es als Verbindlichkeit aus unerlaubter Handlung, sei es als solche aus sachenrechtlichen, familienrechtlichen oder erbrechtlichen Verpflichtungen, sie kann auf Vertrag beruhen wie auf einseitigen Rechtsgeschäften. Erforderlich ist stets eine Schuld, d. h. ein Leistensollen des Schuldners bzw. ein Bekommensollen des Gläubigers.

Eine solche neuerungsfähige Verbindlichkeit liegt auch dann vor, wenn sie auf einem auflösend bedingten Rechtsgeschäft beruht, wenn das bedingende Ereignis noch nicht eingetreten ist.

Gemäß § 696 ABGB letzter Satzteil treten die Rechtsfolgen eines auflösend bedingten Rechtsgeschäftes sofort mit seinem Abschluß ein, sie sind jedoch noch nicht endgiltig, sondern endigen, sobald das bedingende Ereignis eintritt. Die aus einen solchen Rechtsgeschäft entstehende Verbindlichkeit ist also bereits mit Abschluß des Geschäftes zur Entstehung gelangt. Sie kann demnach auch geneuert werden. Daß die Rechtsfolgen einer solchen Neuerung von der Neuerung unbedingter Schulden abweichen, wird später festzustellen sein.

Für das reichsdeutsche Recht gilt dasselbe. Wie aus § 158 Abs. 2 DBGB folgt, treten die Rechtswirkungen aus einem auflösend bedingten Rechtsgeschäft sofort mit seinem Abschluß ein. Die Verbindlichkeit entsteht sofort, wenn auch nicht endgiltig. Sie kann also Gegenstand eines Umschaffungsvertrages sein.

Dieselben Vorschriften gelten auch für den Fall, daß die Wirkungen eines Rechtsgeschäftes an einen Endtermin geknüpft sind. In diesen Fällen besteht die Verbindlichkeit bis zum Eintritt dieses Zeitpunktes vollkommen zu Recht[36]), sie kann also geneuert werden.

b. Die zukünftige Verbindlichkeit. Weniger klar ist die Frage, ob die zu erneuernde Verbindlichkeit im Augenblick des Vertragsabschlusses immer vorhanden sein muß, oder ob auch in diesem Augenblick nicht bestehende Schulden unter Umständen Gegenstand eines Neuerungsvertrages sein dürfen. Das erscheint zunächst widersinnig. Wie kann man etwas nicht Existierendes, ein Nichts, zum Vertragsgegenstand machen wollen? Hier ist jedoch die Gegenfrage zu stellen, ist etwas nicht Bestehendes in jedem Falle ein rechtliches Nichts? Dies ist der Fall, soweit es sich um etwas handelt, das gewesen ist, aber seine Existenz eingebüßt hat. Eine Verbindlichkeit ist z. B. durch Erfüllung oder Erlaß erloschen. Hier ist nichts

---

36) § 705 ABGB und Ehrenzweig, Allg. Teil, S. 236, §§ 163, 158 Abs. 2 DBGB

mehr vorhanden, was Objekt eines Neuerungsvertrages sein kann.

Etwas anderes ist es, wenn es sich um eine künftige Verbindlichkeit handelt, deren Entstehen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorauszusehen ist. In diesem Falle stehen die Parteien vor etwas mehr als einem Nichts. Diese Aussicht auf den Erwerb eines künftigen Rechtes ist nicht so bedeutungslos wie dies bisweilen [37]) behauptet wird.

Durch den Neuerungsvertrag wird die dem Gläubiger zustehende umzuschaffende Forderung aufgehoben, es tritt eine unmittelbare Rechtsänderung ein. Ein solcher Vorgang ist eine Verfügung [38]). Nun gehört zum Begriff der Verfügung als einer unmittelbaren Rechtsänderung, daß das zu ändernde Recht durch den Verfügungsakt selbst geändert wird, es ist aber nicht erforderlich, daß die Rechtsänderung sofort herbeigeführt wird, selbst die augenblickliche Möglichkeit ist nicht einmal erforderlich [39]), d. h. die Verfügung kann in ihrer rechtlichen Wirksamkeit von dem Entstehen des Rechtes abhängig gemacht werden, sie kann aufschiebend bedingt sein.

Allerdings ist eine Einschränkung zu machen: der Verfügende muß wissen, um welches künftige Recht es sich handelt. Es muß bereits fest umrissen werden können, es muß individualisierbar sein.

Für den Neuerungsvertrag folgt hieraus, daß auch künftige Verbindlichkeiten Grundlage eines solchen Vertrages sein können, wenn dieselben sich fest umreissen lassen, so daß bei ihrem Entstehen kein Zweifel aufkommen kann, daß es sich eben um diese Verbindlichkeit handelt.

Vorstehende Regeln gelten in gleichem Maße für österreichisches und reichsdeutsches Recht, denn sie leiten sich nicht aus bestimmten gesetzlichen Vorschriften her, sie ergeben aus der Tatsache, daß die Novation eine Verfügung ist [40]).

Der häufigste Anwendungsfall rechtsgeschäftlicher Verfügung über künftige Rechte findet sich bei solchen, die auf einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft oder einem Rechtsgeschäft mit Anfangstermin beruhen. Ob das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft eine zukünftige oder eine schon gegenwärtige Verbindlichkeit hervorbringt, ist — jedenfalls nach österreichischem Recht — streitig. Wie dem auch sei, die Verbindlichkeit ist stets neuerungsfähig. Ist die Schuld voll wirksam, so ist dies selbstverständlich, ist sie zukünftig, so folgt dies aus dem eben ermittelten Ergebnis, da die

---

[37]) Unger, System d. österreichischen Privatrechts, Aufl. 4. Bd. 2, S. 8 Note 23.

[38]) Ehrenzweig, Allg. Teil § 119, S. 272.

[39]) Staudinger (Riezler) Allg. Teil, S. 415 f.

[40]) vgl. Wilutzki i. Archiv für Bürgerliches Recht Band 28 S. 72.

Möglichkeit einer Individualisierung hier in denkbar stärkstem Maße vorliegt.

Im reichsdeutschen Recht bestimmt § 158 Abs. 1 DBGB, daß die Rechtswirkung erst mit dem bedingten Umstand eintritt. Hieraus folgt, daß die Verbindlichkeit eine zukünftige ist, die nach dem eben Gesagten stets Grundlage einer Umschaffung sein kann.

Dasselbe ergibt sich, wenn die Rechtswirkung eines Rechtsgeschäftes von einem Anfangstermin abhängig gemacht wird, denn derartige Geschäfte sind in beiden Rechten den aufschiebend bedingten Geschäften in den hier wesentlichen Punkten gleichgesetzt (§§ 704 f. ABGB, § 163 DBGB). Sie sind daher ebenfalls neuerungsfähig. —

c. Schließlich sei darauf hingewiesen, daß die Giltigkeit einer Verbindlichkeit nicht dadurch aufgehoben wird, daß ihr ein Gegenrecht des Schuldners entgegensteht, durch dessen einredeweise Geltendmachung er seine Leistung verweigern darf. Dies folgt aus dem Rechtscharakter der Einrede, der im österreichischen und reichsdeutschen Recht der gleiche ist

Zu betonen ist, daß es sich in diesen Fällen um denjenigen Einredebegriff handelt, den das DBGB verwendet (vgl. §§ 202, 390). Der Einredebegriff, den die reichsdeutsche Zivilprozeßordnung [41]) und auch das ABGB [42]) verwendet, ist erheblich weiter.

§ 6. Die ungiltige Verbindlichkeit.

Die Frage, in wieweit ein ungiltiges Rechtsgeschäft imstande ist, eine umschaffungsbare Schuld hervorzubringen, beantwortet sich aus seiner Rechtsnatur. Begrifflich ist festzuhalten, daß ein Rechtsgeschäft dann ungiltig ist, wenn eine Bestimmung, die dieses Rechtsgeschäft verbietet oder etwas Bestimmtes für dasselbe verlangt, verletzt wird, wenn es also nicht allen rechtlichen Anforderungen entspricht [43]). Diese Ungültigkeit kann sein:

a) Nichtigkeit. D. h. sie ist die unmittelbar eintretende Folge seiner ungenügenden Eigenschaft. In diesem Falle ist das Geschäft tatsächlich wohl abgeschlossen, rechtlich aber nicht zustande gekommen [44]). Eine Schuld kann aus ihm, da es recht-

---

41) vgl. Fischer-Henle-Titze, BGB, 14. Aufl. § 202 Anm. 6. Stein-Jonas, ZPO Bd. 1. 13. Aufl. Anm. III, 3 vor § 128.

42) Die Anfechtung, die im österreichischen Recht „einredeweise" vorgenommen wird, fällt z. B. nicht hierunter, da es sich hier um einen rechtsvernichtenden Einwand handelt.

43) Windscheid-Kipp, Pand. I, § 70, S. 320, § 82 S. 423.

44) Derselbe, a. a. O. S. 422 f. Unger, System II, § 91. S. 140. Hasenöhrl. Obl. R. I, § 55, S. 636. Ehrenzweig, Allg. Teil, S. 269. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 189, S. 611. Staudinger (Löwenfeld) Allg. Teil, Einl. V E 1 vor § 104, S. 404 u. a. m.

lich nicht existiert, nicht hervorgehen. Die durch den tatsächlichen Vorgang des Geschäftsabschlusses scheinbar entstandene „Schuld" kann mangels ihres Vorhandenseins im rechtlichen Sinne auch nicht umgeschafft werden.

Das hier gefundene Ergebnis gilt in gleichem Maße für das österreichische wie für das reichsdeutsche Recht. Sowohl ABGB wie DBGB haben davon abgesehen, über die rechtliche Natur der Nichtigkeit besondere Bestimmungen aufzunehmen. Bei ersterem liegt der Grund darin, daß den Redaktoren des ABGB der zuerst von Savigny aufgestellte Begriff der Nichtigkeit noch gar nicht bekannt war. Das DBGB hat davon abgesehen, weil es sich hier um eine Frage der Logik [45]), nicht der positiven Gesetzgebung, handelt.

Die Tatsache, daß es sich bei der Nichtigkeit um ein Produkt der Logik handelt, erklärt die Übereinstimmung der beiden Rechte.

b) Anfechtbarkeit. Die Ungültigkeit kann aber auch in der Weise auftreten, daß zwar die rechtlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts zunächst eintreten, aber einer Partei das Recht zusteht, dieses Rechtsgeschäft durch eine daraufhinzielende Erklärung in seinem Bestande anzugreifen [46]). Ein solches Rechtsgeschäft nennt man anfechtbar.

Während bei der Nichtigkeit mangels Vorliegens einer Schuld eine Umschaffung gar nicht in Frage kam, liegt beim anfechtbaren Rechtsgeschäft bis zur erfolgten Anfechtung ein eigenartiger Schwebezustand vor. Ob während dieses Schwebezustands eine umschaffbare Schuld vorhanden ist, ergibt sich aus der rechtlichen Beschaffenheit des Rechtsgeschäfts vor der Anfechtung.

Das österreichische ABGB verwendet den Begriff der Anfechtbarkeit nicht, da dieser genau wie die Nichtigkeit erst im gemeinen Recht zur Ausbildung gelangte. Eine Reihe von Fällen, für die das ABGB die Bezeichnungen „Aufhebung" (§§ 932, 934), „Widerruf" (§ 948) u. ä. verwendet, fallen in ihrer rechtlichen Ausgestaltung unter die Anfechtung des gemeinen Rechts und werden heute im österreichischen Recht auch als Fälle der Anfechtung anerkannt.

Das anfechtbare Rechtsgeschäft ist demnach zunächst voll wirksam zustande gekommen. Die eingetretenen Rechtsfolgen können aber später vom Anfechtungsberechtigten durch Anfechtung beseitigt werden. Ob diese nachträgliche Beseitigung ex tunc geschieht oder nicht, ist bestritten [47]). Dieser Streit ist für die Tatsache, daß das Rechtsgeschäft vor der Anfechtung voll wirksam besteht, aber belanglos.

---

[45]) Mitteis i. Iherings Jahrb. Bd.28 S. 107.
[46]) Windscheid-Kipp, Pandekt. I § 82. S. 425.
[47]) Unger, System II, § 91, S. 161. Hasenöhrl, Obl. Recht I, § 55, S. 640.

Die Schuld, die auf einem anfechtbaren Rechtsgeschäft beruht, ist also selbst bis zur Anfechtung auch voll wirksam und kann daher sehr wohl Grundlage einer Neuerung sein.

Das DBGB hat im Gegensatz zum österreichischen Recht den inzwischen ausgebildeten Begriff der Anfechtung verwendet. Über die rechtliche Natur während des Schwebezustands sagt allerdings auch das DBGB nichts. § 142 bestimmt lediglich, daß ein anfechtbares Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist, sobald es angefochten wird. Hieraus folgt umgekehrt, daß vor der Anfechtung das Rechtsgeschäft jedenfalls nicht als nichtig anzusehen ist. Hieraus ist einmal zu entnehmen, daß das Rechtsgeschäft giltig ist, es steht aber unter einer gesetzlichen auflösenden Bedingung — der Anfechtung —, deren Eintritt durch gesetzliche Bestimmung das Geschäft rückwirkend aufhebt [48]). Andererseits wird behauptet, daß das Geschäft von Anfang an nichtig sei, es wäre aber bis zur erfolgten Anfechtung als wirksam anzusehen. Es liegt also hiernach eine schwebende, vom Willen des Berechtigten abhängige Nichtigkeit vor [49]).

Welcher Ansicht man auch folgen mag, es ergibt sich immer, daß eine umschaffbare Verbindlichkeit vor der Anfechtung vorhanden ist. Im ersteren Falle ist dies selbstverständlich, da eine auflösende Bedingung die Wirksamkeit vor ihrem Eintritt unbeeinträchtigt läßt. Im letzteren Falle ist das Geschäft wohl nichtig, es ist aber Gültigkeit zu fingieren. Hier ist zwar eine umschaffbare Forderung nicht vorhanden, sie ist aber bis zur Anfechtung als vorhanden anzusehen.

Infolge dieser rechtlichen Beschaffenheit des anfechtbaren Rechtsgeschäftes ist eine auf einem solchen beruhende Verbindlichkeit vor der Anfechtung also nach beiden Rechten zur Neuerung geeignet.

c) Relative Unwirksamkeit [50]). In diesem Zusammenhang sei noch die Gruppe der sog. relativ unwirksamen Rechtsgeschäfte erwähnt, die eine eigenartige Zwischenstellung zwischen den nichtigen und anfechtbaren Rechtsgeschäften einzunehmen scheint. Man versteht hierunter solche Rechtsgeschäfte, die ganz bestimmten Personen gegenüber dieselben Wirkungen hervorbringen wie ein nichtiges Rechtsgeschäft. In Bezug auf diese Personen gilt das Geschäft als nicht entstanden, während es im übrigen voll wirksam ist. Fälle dieser relativen Unwirksam-

---

48) Staudinger (Loewenfeld) Allg. Teil § 142 Anm. 1a, S. 594. Riezler i. Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 74 S. 190.

49) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil § 190, II S. 618.

50) Diese Ausdrucksweise ist heute allgemein üblich. Vgl. Crome, System I, S. 350. Früher bezeichnete man derartige Rechtsgeschäfte als relativ nichtige Rechtsgeschäfte. Der Begriff der relativen Nichtigkeit war im Recht vor dem DBGB ein wesentlich anderer. Vgl. hierzu Unger, System II § 91 Note 41 Seite 150 f. und Hasenöhrl, Obl. R. I § 55, S. 637. Der dort aufgestellte Begriff ist dem heutigen Recht unbekannt.

keit finden sich im österreichischen wie im reichsdeutschen Recht. Das klassische Beispiel ist die Unwirksamkeit von Rechtshandlungen gegenüber den Konkursgläubigern, die der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung vornimmt. (§ 3 östr. KO, § 7 dt. KO.).

Die Frage, ob ein relativ nichtiges Rechtsgeschäft eine umschaffbare Schuld hervorbringen kann, ist lediglich unter Berücksichtigung der Besonderheiten dieses Rechtsgeschäftes zu beantworten. Gewöhnlich liegt in solchen Fällen also eine Verbindlichkeit vor, die durchaus Grundlage eines Neuerungsvertrages sein kann. Nur den Personen gegenüber ist eine solche Verbindlichkeit nichtig, denen gegenüber das Geschäft unwirksam ist. —

§ 7. Die natürliche Verbindlichkeit.

Eine nicht unbestrittene Stellung nehmen die sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten ein. Es sind dies Verbindlichkeiten, die nicht erzwingbar sind, scheinbar also solche, die nicht vollgültig sind, andererseits ist ihre Erfüllung wahre Erfüllung, sie gilt nicht als Schenkung. Die natürlichen Verbindlichkeiten stehen also anscheinend zwischen ungültigen und vollgültigen Verbindlichkeiten.

Man hält die natürlichen Verbindlichkeiten vielfach für fähig, Gegenstand einer Neuerung zu sein. Man begründet dies folgendermaßen. Eine vollkommene Verbindlichkeit enthalte neben der Schuld, dem Leistensollen, noch ein Einstehensollen [51]) für diese Schuld, die sogenannte Haftung. Schuld und Haftung wirken in den meisten Fällen zusammen. Diese Verbindung sei aber nicht notwendig. Beide Begriffe seien in ihrem Bestande voneinander unabhängig, so daß es Fälle von Schuld ohne Haftung oder von Haftung ohne Schuld gäbe. Die natürlichen Verbindlichkeiten seien nun solche, die unerzwingbar sind.

Die weitaus herrschende Meinung [52]) sieht aus diesen Gründen in ihnen eine Schuld ohne Haftung.

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob im heutigen Recht eine Trennung von Schuld und Haftung möglich sei oder nicht. Nach heutigem österreichischen wie reichsdeutschen Recht gibt es keine Forderung, die nicht in irgendeiner Weise erzwingbar ist [53]). Diese Erkenntnis setzt sich mehr und mehr in der Beurteilung der natürlichen Verbindlichkeiten durch [54]).

---

[51]) Isay i. Iherings Jahrb. Bd. 48, S. 199.

[52]) Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 40 f. Mayr, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts II, S. 3. Staudinger (Werner), Schuldverh. I, Einl. II, S. 7. Enneccerus-Lehmann, 12. Bearb. Schuldverh. S. 13. Kreß, Allg. Schuldrecht S. 541 f. u. a. m.

[53]) Klang (Schlesinger) Kom. II § 859 Anm. III A 1 S. 23. Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 13, N. 22.

[54]) So besonders Leonhard, Allgem. Schuldrecht, § 7 S. 14.

Die Gegenmeinung macht geltend, daß bei einer Reihe von Fällen, in denen eine Schuld nicht vorzuliegen scheint, dennoch die Leistung als Erfüllung gilt. Worauf anders könnte sich dies gründen als auf die Tatsache, daß hier doch eine Schuld, aber eine unerzwingbare, vorliegt?

Diese Anschauung verkennt meines Erachtens, daß nicht jedes Leisten auf einem „Leistensollen" beruhen muß, sondern auch auf einem „Leistenkönnen" des Schuldners beruhen kann [55]).

Von einem „Leistensollen" kann man in solchen Fällen nur nach Sittlichkeitsgrundsätzen sprechen, rechtlich kommt nur ein Leistenkönnen und Behaltendürfen in Betracht [56]).

In den Fällen, in denen das Gesetz das Rückforderungsrecht ausschließt, ist in der Leistung also nicht Erfüllung einer Rechtspflicht zu erblicken, sondern hier liegen Tatbestände vor, die einen besonderen Erwerbsgrund (causa acquirendi) schaffen [57]).

Die einzelnen in Frage kommenden Fälle bestätigen die Richtigkeit dieser Auffassung.

a) Die Rückforderung einer nicht geschuldeten Leistung ist ausgeschlossen, wenn der Leistende wußte, daß es sich um eine Nichtschuld handele (§ 1432 ABGB, § 814 DBDB). Hier liegt keine, auch nur natürliche Verbindlichkeit vor.

b) Die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ist ausgeschlossen, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht entsprach (§ 814 DBGB, im östr. Recht ohne ausdrückliche Vorschrift anerkannt [58])).

Moralische Pflichten sind keine Rechtspflichten.

Das gleiche mag bei Spiel-, Wett- und gleichgestellten Forderungen gelten (§§ 1270 ff. ABGB, §§ 762 ff. DBGB) sowie bei Zahlungen des Gemeinschuldners, die nach erfolgtem Zwangsvergleich über die Vergleichssumme hinaus geleistet werden [59]).

Alle diese sind moralische Schulden, Ehrenschulden, bei denen keine rechtliche Verbindlichkeit vorhanden ist [60]).

c) Die Rückforderung von Leistungen zu einem unerlaubten Zweck ist unzulässig (§ 1174 ABGB, § 817 DBGB). Auch hier liegt keine Rechtsverbindlichkeit vor, vielmehr sollen die Gerichte mit solchen Anliegen unbehelligt bleiben.

---

55) Planck (Siber), Bd. II, 1 Vorbem. III C I, S. 24.
56) Derselbe, a. a. O.
57) Derselbe, a. a. O. Vorbem. III C 3c, S. 28. Krückmann in Iherings Jahrb. Bd. 57, S. 19 ff. Klang (Schlesinger) II, S. 859 Anm. III A 1.
58) Klang (Swoboda), Komm. IV. § 1437 Anm. B I S. 477.
59) Planck (Landois), Komm. II 2, § 814 Anm. II 4 b S. 1648. Jaeger Komm. zur KO 5. Aufl. § 193 Anm. 51. Reichel i. Iherings Jahrb. Bd. 59 S. 429.
60) Leonhard, Allg. Schuldrecht, § 8, S. 19.

Ebenso ist der Ausschluß des Rückforderungsrechts beim Ehemaklervertrag zu beurteilen, der unsittlich und daher nichtig ist. (§ 879 ABGB, § 656 DBGB).

d) Ein formbedürftiger, aber formlos geschlossener Vertrag erzeugt keine natürliche Verbindlichkeit (§ 1432 ABGB [61])), denn der Vertrag ist nichtig. Auch hier liegt nur eine moralische Verpflichtung vor [62]).

e) Eine nur sittliche Bindung besteht beim Verlöbnis im Hinblick auf die Verpflichtung zur Eheschließung (§ 45 ABGB, § 1297 DBGB.)

Es zeigt sich, daß in all diesen Fällen von einer auch nur natürlichen Rechtsverbindlichkeit nicht gesprochen werden kann. Eine Neuerung derartiger „Verbindlichkeiten" ist mangels der notwendigen Voraussetzung also nicht möglich. —

Aber, so könnte man einwenden, es gibt doch trotzdem einige wahre Rechtsverbindlichkeiten, bei denen eine zwangsweise Durchführung des Anspruchs nicht möglich ist.

Auch dies ist nicht der Fall. Wie sich sogleich zeigen wird, handelt es sich in diesen Fällen um vollgiltige Rechtsverbindlichkeiten, deren Geltendmachung nur durch ein Gegenrecht gehindert werden kann, aber nicht notwendig stets gehindert ist.

a) Die verjährte Forderung besteht vollgiltig fort, sie ist auch erzwingbar, nur kann die Erzwingung durch Einrede verhindert werden [63]). Die Forderung ist also einredebehaftet.

b) Der Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer auf Ersatz von Verwendungen, solange letzterer die Verwendungen nicht genehmigt oder die Sache wiedererlangt hat (§§ 1000 ff. DBGB, im östereichischen Recht ohne besondere Vorschrift anerkannt [64])), ist ebenfalls vollgiltig und erzwingbar. In diesem Falle ist nämlich Befriedigung aus der Sache möglich, § 1003 DBGB. Die Forderung ist also nur auf eine ganz bestimmte Weise erzwingbar, diese Einschränkung berechtigt jedoch nicht, die Erzwingbarkeit schlechthin abzusprechen.

c) Die Ansprüche der Ehefrau gegen den Ehemann auf Grund der Verwaltung und Nutznießung sind während der Dauer dieses Güterstandes von der gerichtlichen Geltendmachung ausgeschlossen (§ 1394 DBGB, im österreichischen Recht nicht bekannt). Nur gerichtliche Geltendmachung ist ausgeschlossen, jede andere ist möglich, z. B. Aufrechnung. Diese reine Zweckmäßigkeitsvorschrift gewährt dem Ehemann nur ein Einrederecht. —

---

61) So aber Krasnopolski-Kafka, Österr. Obligaionenrecht, S. 486.
62) Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 375.
63) Die Ausdrucksweise des ABGB ist hier undeutlich. vgl. §§ 1451 „Verlust", 1479 ff „Klage ist verjährt".
64) Ehrenzweig, Sachenrecht, § 243, Note 15, S. 326.

Die zu dieser zweiten Gruppe gehörigen Verbindlichkeiten sind also stets vollwirksam. Es steht ihnen nur ein Einrederecht des Schuldners entgegen, dessen Geltendmachung im Belieben desselben steht. Einer Neuerung einer solchen nur einredebehafteten Forderung steht aber nichts im Wege —

Vorstehende Ausführungen ergeben, daß die Frage, ob eine sogenannte natürliche Verbindlichkeit geneuert werden kann, nicht allgemein zu beantworten ist, es hängt dies immer davon ab, welcher der beiden Gruppen die Verbindlichkeit zugehört.

II. Abschluß eines Novationsvertrages.

A.

§ 8. Die subjektiven Erfordernisse.

Liegt eine umschaffbare Schuld vor, so muß als zweites Haupterfordernis für das Zustandekommen einer Umschaffung bzw. Neuerung ein darauf gerichteter Vertrag hinzukommen. Eine Neuerung durch andere vom Willen der Parteien nicht abhängige Umstände wie z. B. die novatio necessaria des römischen und gemeinen Rechts ist weder dem österreichischen noch dem reichsdeutschen Recht bekannt.

Daß im österreichischen Recht die Neuerung durch Vertrag zu geschehen hat, geht aus dem Gesetz eindeutig hervor. § 1375 ABGB spricht ausdrücklich von der Umänderung gemäß dem Willen von Gläubiger und Schuldner.

Das reichsdeutsche Recht hat eine derartige ausdrückliche Vorschrift nicht aufzuweisen. Dennoch ist es gemäß § 305 DBGB zweifellos, daß auch hier nur vertragliche Umschaffung in Betracht kommt. Eine außervertragliche Umschaffung bedingt eine darauf gerichtete Gesetzesbestimmung, die zweifellos nicht vorhanden ist.

Die subjektiven Erfordernisse zum Abschluß eines Neuerungsvertrages sind in beiden Rechten selbstverständlich alle die, die jedem Vertrage eigen sind: Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit der vertragschließenden Teile.

Zu dem ersteren Erfordernis erübrigt sich infolge seiner Selbstverständlichkeit jede Erörterung.

Sind die Parteien voll geschäftsfähig, so ist den beiden wesentlichsten Erfordernissen genügt, es ergeben sich keine Besonderheiten.

Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit auch nur einer Partei dagegen bedarf ihre Willenserklärung nach österreichischem Recht zu ihrer Wirksamkeit gemäß § 865 ABGB der Einwilligung [65]) des gesetzlichen Vertreters. Es ist, wie betont, dabei

---

65) oder der Genehmigung. Der Sprachgebrauch des ABGB ist in diesem Punkte ungenau. Vgl. Klang (Schlesinger), Komm. II, 2. § 865 Anm. II,1 Seite 83.

gleichgiltig, ob die beschränkte Geschäftsfähigkeit beim Schuldner oder Gläubiger liegt. Immer werden durch den Neuerungsvertrag den Parteien neben rechtlichen Vorteilen rechtliche Belastungen auferlegt. Der Gläubiger erhält zwar eine neue Forderung, er geht aber zugleich der alten verlustig. Der Schuldner wird wohl von einer alten Schuld befreit, er muß dafür aber eine neue begründen.

Normalerweise wird sich bei einem Neuerungsvertrag Vorteil und Nachteil ausgleichen, so daß keine Partei im Endergebnis etwas einbüßt. Darauf kommt es in § 865 ABGB jedoch nicht an. Die wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäftes bleiben völlig außer Betracht . Wenn immer nur eine rechtliche Belastung vorliegt, bedarf das Geschäft der Einwilligung.

Aus diesem Grunde ist die Einwilligung bzw. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters auch beim Neuerungsvertrage erforderlich [66]).

Zwar hat Unger [67]) die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters beim Neuerungsvertrag nicht für erforderlich gehalten. Er faßt ihn als einen Liberationsakt auf, der von beschränkt Geschäftsfähigen allein vollwirksam geschlossen werden könnte. Unger bezieht sich dabei auf das römische Recht, das die novatio durch einen Pupillen für vollwirksam erklärte. Die Anwendung dieser Regel auf das österreichische Recht ist insofern unzulässig, als das Rechtsgeschäft des beschränkt Geschäftsfähigen hier keine Naturalobligation hervorbringt wie im römischen Recht, wo diese novierend wirken konnte [68]).

Erfolgt der Abschluß eines Neuerungsvertrages ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so ist dieser nach der mit Recht überwiegenden Ansicht schwebend unwirksam [69]). Dieser Schwebezustand endigt durch die zustimmende oder ablehnende Erklärung des gesetzlichen Vertreters.

Nach der allgemein herrschenden Lehre wirkt die nachträgliche Zustimmung ex tunc [70]).

Das reichsdeutsche Recht folgt hinsichtlich der Behandlung der beschränkt Geschäftsfähigen demselben Prinzip, §§ 107, 108 DBGB. —

Es ist bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen worden, daß in der Neuerung bzw. Umschaffung eine Verfügung zu erblicken ist. Zu den Erfordernissen der Rechts- und Geschäfts-

---

[66]) Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 47. Hasenöhrl, Obl.Recht I, § 28. 3. S. 363. Ob.Ger.Hof in Glaser-Unger Bd 23 Nr. 10564.

[67]) Unger, System II, S. 28, Note 23.

[68]) Hasenöhrl a. a. O, S. 363 Note 43.

[69]) Unger i. Grünh. Z. Bd. 1. S. 366. Krasnopolski-Kafka, Obl.R. S. 89. Klang (Schlesinger), Komm. II 2 § 865 Anm. II.

[70]) so die unter der vorigen Note genannten, ferner Ob.Ger.Hof i. Glaser-Unger, Bd. 31, Nr. 14565, Bd. 21, Nr. 9770, Bd. 6, Nr. 2963.

fähigkeit tritt also noch das der Verfügungsfähigkeit [71]). Der Gläubiger muß demnach die rechtliche Fähigkeit haben, ungehindert durch gesetzliche Vorschriften oder vertragliche Abmachungen, die Forderung gegen den Schuldner aufgeben zu können.

Schließt eine der Parteien oder jede Partei den Neuerungsvertrag durch einen Vertreter ab, so ist es erforderlich, daß er eine dahingehende Vertretungsbefugnis aufweisen kann. In den Fällen, in denen diese Vertretungsbefugnis auf gesetzlicher Vorschrift beruht, sind die Beschränkungen, die dem Vertreter auferlegt werden, zu beachten.

Dazu gehören vor allem die Bestimmungen über die Vormundschaft.

Das österreichische Recht schützt den Mündel durch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Einwilligung zum Abschluß eines Neuerungsvertrages auf der Gläubigerseite, sofern es sich nicht um unwichtige Geschäfte handelt oder um solche, die zum ordentlichen Wirtschaftsbetriebe gehören, § 233 ABGB. Auf der Schuldnerseite ist der Vormund grundsätzlich nicht in seiner Vertretungsbefugnis eingeschränkt.

Im reichsdeutschen Recht bedarf der Vormund nach § 1812 DBGB zum Abschluß eines Umschaffungsvertrages auf der Gläubigerseite der Zustimmung des Gegenvormundes, falls nicht gem. § 1825 eine generelle Ermächtigung erteilt wurde. Hervorzuheben ist, daß für die Umschaffung nie § 1822 Nr. 13 in Betracht kommt. Es wird sich später zeigen, daß für die alte Verbindlichkeit etwa bestehende Sicherheiten durch den Umschaffungsvertrag untergehen. Dennoch bedarf es aus diesem Grunde nicht der vormundschaftlichen Genehmigung, da § 1822 Nr. 13 nur die Fälle umfaßt, in denen die Sicherheiten beseitigt werden, ohne daß dabei die Forderung selbst angetastet wird [72]). Zum Abschluß auf der Gläubigerseite ist der Vormund grundsätzlich unbeschränkt befugt, § 1793 DBGB.

Ob der rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter befugt ist, Neuerungsverträge abzuschließen, hängt im einzelnen Falle von dem Umfang der Vollmachtserteilung ab. Nach österreichischem Recht ist gem. § 1008 ABGB zumindest eine Gattungsvollmacht erforderlich, da es sich bei der Neuerung wirtschaftlich immer um ein entgeltliches Geschäft handelt.

Der Prokurist ist nach beiden Rechten immer berechtigt, Neuerungsverträge zu schließen, Art. 42 AHGB, § 49 DHGB. Der Handlungsbevollmächtigte ist dazu dann befugt, wenn solche Verträge im Geschäft seines Prinzipals üblich sind, Art. 47 AHGB, § 54 DHGB. Ferner sind dazu sowohl nach

---

71) Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, § 5, S. 47, Note 10 (Dispositionsbefugnis).

72) Staudinger (Engelmann) Familienrecht II § 1822, Anm. 2 q β.

österreichischem wie deutschem Recht die Vertreter der handelsrechtlichen Gesellschaften befugt, denen die Vertretung gesetzlich obliegt [73]). —

B.

Die objektiven Erfordernisse.

1. Begründung einer neuen Verbindlichkeit.

§ 9. Die Entstehung der neuen Verbindlichkeit.

Um zu erkennen, worin die objektiven Erfordernisse des Neuerungsvertrages liegen, geht man am besten auf die im einleitenden Teil gefundene Begriffsbestimmung des Neuerungsvertrages zurück: Aufhebung einer Schuld durch Begründung einer neuen, die bestimmten Voraussetzungen genügt. Hieraus folgt, daß erstes objektives Erfordernis eines Neuerungsvertrages die Begründung einer neuen Schuld ist.

Die Frage, wann eine neue Schuld begründet wurde, ist gerade bei der Umschaffung oft sehr schwer festzustellen. Die Tatsache, daß Aufhebung der alten und Begründung der neuen Schuld in einem Rechtsgeschäft zusammengefaßt sind, bringt es oft mit sich, daß bei Begründung der neuen Schuld Bestandteile der alten Verbindlichkeit Verwendung finden. D. h. es wird bei Begründung der neuen Schuld auf die alte insoweit Bezug genommen, als beide Verbindlichkeiten miteinander übereinstimmen. Nur soweit die neue Schuld abweicht, wird dies besonders hervorgehoben. Diese Handhabung entspricht durchaus den Gepflogenheiten, langwierige Abmachungen durch Verweisung auf frühere Vereinbarungen abzukürzen. Hierbei entsteht allerdings eine Gefahr. Der ganze Vorgang der Neubegründung stellt sich bei oberflächlicher Betrachtung lediglich als eine Abänderung des bisherigen Schuldverhältnisses dar. Da nun aber die Tatsache der Begründung einer neuen Verbindlichkeit unerläßliche Voraussetzung für das Zustandekommen eines Umschaffungsvertrages ist, eine bloße Inhaltsänderung also nicht ausreicht, so ist es im einzelnen Fall von großer Wichtigkeit, festzustellen, wo die Grenze zwischen Neubegründung und bloßer Inhaltsänderung verläuft.

Das österreichische ABGB bestimmt in §§ 1376, 1377, daß eine Neuerung — mithin also die Neubegründung einer Verbindlichkeit — dann vorliegt, wenn der Rechtsgrund oder der

---

[73]) Vergl. hierzu für die OHG: Art. 114 ADHGB, § 125 DHGB; für die KG: Art. 167 ADHGB, § 161 DHGB Abs. 2; für die AG: Art. 227 ADHGB, § 231 DHGB; für die AKG: Art. 196 ADHGB, § 320 DHGB Abs. 2; für die GmbH: Art. 18 östr. GmbH.-Gesetz, § 35 deutsch. GmbH-Gesetz; für die Erwerbs- und Wirtschaftgenossenschaften: § 18 östr. Gen.Gesetz, § 24 deutsch. Gen.Gesetz.

Hauptgegenstand einer Forderung verwechselt wird. Wie ist diese Vorschrift zu verstehen?

Betrachten wir zunächst die erstere Möglichkeit, die Verwechselung des Rechtsgrundes. Die Bezeichnung „Rechtsgrund" findet sich im Gesetzbuch häufig, wenn auch ihre Bedeutung nicht immer die gleiche ist. In welchem Sinn der Ausdruck Rechtsgrund bei den Bestimmungen des Sachenrechts aufzufassen ist, mag hier dahingestellt bleiben. Im Obligationenrecht, besonders aber im Falle der Neuerung, ist hierunter der Tatbestand zu verstehen, an den das Gesetz die Entstehung der Verbindlichkeit knüpft [74]). Dies ist die sog. causa obligationis, auch causa debendi genannt [75]). Zu ihr ist in Gegensatz die causa obligandi zu stellen, d. h. der Grund, warum sich der Schuldner verpflichtet [76]).

Z. B.: A. will an B. den Gegenstand X veräußern und schließt mit ihm einen dahingehenden Kaufvertrag ab. Causa obligandi zu den Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag ist der Veräußerungs- bezw. Erwerbswille, causa obligationis der Kaufvertrag.

Der Rechtsgrund des § 1376 ABGB bezeichnet also, wie gesagt, die causa obligationis.

Dies ist allerdings nicht unbestritten. Hasenöhrl [77]) will unter Rechtsgrund im Sinne des § 1376 die causa obligandi verstehen, den Grund, warum die Parteien die Verbindlichkeit eingehen. Ähnlich äußert sich Krasnopolski bei Besprechung der Monographie von Hruza [78]). Als Grund für seine Auffassung führt Hasenöhrl a. a. O. folgendes an. § 1376 kennt neben der Neuerung durch Verwechselung des Rechtsgrundes auch noch die Verwechselung des Hauptgegenstandes. Die letztere bei gleichbleibendem Rechtsgrund sei aber begrifflich unmöglich, falls man unter Rechtsgrund die causa obligationis verstehen wollte. Jede Neuerung bringe immer eine neue Verbindlichkeit hervor. Entstehungsgrund der neuen Verbindlichkeit sei stets der Neuerungsvertrag, Entstehungsgrund der alten Verbindlichkeit dagegen immer ein anderer weiter zurückliegender Tatbestand. Die Entstehungsgründe der alten und neuen Obligation könnten aber nie zusammenfallen.

Wollte man unter Rechtsgrund die causa obligationis verstehen, so würde die neue Verbindlichkeit stets auf einer anderen causa stehen müssen wie die alte Verbindlichkeit [79]).

---

74) Hruza, Z. Lehre v. d. Novationen. S. 29. Krasnopolski-Kafka, Obl. Recht S. 250. Klang (Wolff) Komm. IV § 1377 Anm. II S. 268.

75) Hasenöhrl. Obl. Recht, I S. 342.

76) Hasenöhrl, a. a. O.

77) Hasenöhrl, Obl.Recht II, S. 521, Note 32.

78) Krasnopolski i. krit. Viertelj. Schr. Bd. 25, S. 25.

79) Zu diesem Ergebnis kommt auch Unger in Grünh. Z. Bd. 15, S. 558 Note 10.

Dies verstoße aber gegen den klaren Wortlaut des § 1376, der auch Neuerung nur unter Verwechselung des Hauptgegenstandes kenne, ohne daß der Rechtsgrund ein anderer werde.

Gewiß hat Hasenöhrl mit diesem Einwand recht. Das heißt aber nicht, daß die von ihm bekämpfte Auffassung über den Rechtsgrund falsch ist. Vielmehr ist die Fassung des § 1176 ABGB mißverständlich. Dies wird sich besonders bei der näheren Betrachtung der Neuerung durch Verwechselung des Hauptgegenstandes deutlich zeigen.

Dafür, daß unter Rechtsgrund die causa obligationis zu verstehen ist, spricht die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Es war ursprünglich geplant, dem § 1376 folgendes Beispiel anzuhängen: „Z. B. wenn ein Verkäufer dem Käufer das Kaufgeld als zinsbares Darlehen überläßt." Diese Wendung wurde von der Kommission nicht in das Gesetz aufgenommen. Der Grund lag aber nicht darin, daß man die Richtigkeit des Beispiels anzweifelte, sondern man wollte es „dem Unterricht überlassen" [80]). Daraus folgt, daß die Redaktoren den Wechsel der causa obligationis von Kauf in Darlehen als Verwechselung des Rechtsgrundes im Sinne des § 1376 anerkannten. Diese Auffassung ist demnach mit Recht die heute herrschende.

Unter „Verwechselung" des Rechtsgrundes ist die Rechtshandlung zu verstehen, durch die eine Forderung auf einen anderen Rechtsgrund gestellt wird. Der Wortlaut des Gesetzes läßt den Eindruck entstehen, daß der Rechtsgrund der alten und neuen Verbindlichkeit stets ein verschieden gearteter sein muß. Das oben erwähnte Beispiel, das als Rechtsgrund einmal den Kaufvertrag, das andere Mal Darlehen nennt, scheint diese Auffassung zu bestätigen. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. Obwohl normalerweise die Rechtsgründe der alten und neuen Verbindlichkeit auch artlich von einander verschieden sein werden, so ist dies nur eine Äußerlichkeit, die nicht unbedingt erforderlich ist. Auch wenn die alte und neue Verbindlichkeit beispielsweise auf dem Rechtsgrund des Darlehens beruht, so ist der Rechtsgrund trotzdem „verwechselt", sofern sich feststellen läßt, daß eine andere Verbindlichkeit geschaffen worden ist. Es ist demnach möglich, daß sich die alte und neue Verbindlichkeit äußerlich in nichts unterscheiden.

Dies wird besonders praktisch in den Fällen der sogenannten Vertragswiederholung, wenn die Parteien einen bestehenden Vertrag durch einen gleichen, aber in den einzelnen Punkten genauer abgefaßten Vertrag ersetzen. Es wäre meines Erachtens falsch, in diesem Falle keine Änderung des Rechtsgrundes annehmen zu wollen [81]), denn die beiden Verträge be-

---

[80]) Vergl. Hruza, Z. Lehre von d. Novation, S. 28.
[81]) so aber Ehrenzweig, Schuldverh. S. 359.

ruhen nicht etwa auf demselben Rechtsgrunde, sondern auf zwei verschiedenen aber gleich gearteten Rechtsgründen [82]).

Verwechselung des Rechtsgrundes liegt auch vor, wenn außervertragliche Beziehungen vertraglich geregelt werden [83]), denn der Vertrag ist unzweifelhaft ein anderer Rechtsgrund als das Gesetz.

Stets ist jedoch folgende Beschränkung zu berücksichtigen. Die Feststellung, ob im einzelnen Falle eine Verwechselung des Rechtsgrundes und damit die Schaffung einer neuen Obligation vorliegt, darf nicht nur nach dem eben geschilderten äußeren Merkmalen stattfinden. Diese sind vielmehr nur Hinweise darauf, was die Parteien beim Abschluß des Vertrages gewollt haben. Dies letztere aber ist entscheidend. Der Vertrag besteht aus mindestens einer oder, wie im Falle der Neuerung aus zwei Willenserklärungen, die auf Erreichung des Vertragszieles gerichtet sind. Der Wille der Parteien ist dabei also das Ausschlaggebende. —

Das reichsdeutsche Recht enthält eine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß die Verwechselung des Rechtsgrundes eine neue Obligation entstehen läßt, nicht. Diese Frage läßt sich jedoch beantworten, wenn man die rechtliche Stellung der causa obligationis innerhalb der Obligation betrachtet.

Der Rechtsgrund ist Enstehungsgrund des Schuldverhältnisses, sein Vorhandensein ist also unerläßliche Voraussetzung dafür, daß ein Schuldverhältnis überhaupt zur Entstehung gelangt. Das Fortbestehen des Rechtsgrundes ist notwendig, damit das Schuldverhältnis fortbesteht. Diese Tatsache ist weiter nichts, als die notwendige Verknüpfung von Ursache und Wirkung. Es ist nicht denkbar, der Wirkung nachträglich eine andere Ursache unterzuschieben. Man kann allenfalls mit einer anderen Ursache eine Wirkung erzielen, die der ersten völlig gleicht, sie ist aber nicht kongruent mit ihr.

Diese rein logische Betrachtung führt uns also zu dem Ergebnis, daß eine Verwechselung des Rechtsgrundes stets eine neue Verbindlichkeit hervorbringt.

Dies gilt gleichermaßen, wenn es sich um die Umschaffung einer kausalen Verbindlichkeit in eine andere kausale handelt. Aber auch die Umschaffung einer kausalen Verbindlichkeit in eine abstrakte oder umgekehrt, oder schließlich die Umschaffung einer abstrakten Verbindlichkeit in eine andere abstrakte unterliegt derselben Regel. Abstrakte und kausale Schuld sind in diesem Falle völlig gleich zu behandeln. Zwar ist die abstrakte Schuld von ihrem Rechtsgrund losgelöst, diese Tatsache besagt aber nicht, daß alle abstrakten Verbindlichkeiten denselben Entstehungsgrund haben.

---

82) Klang (Wolff), Komm. IV § 1377 II, S. 269.
83) derselbe, a. a. O. Ehrenzweig, a. a. O.

Ich wies bereits im österreichischen Recht darauf hin, daß eine unter Umständen sehr weitgehende Änderung eines Schuldverhältnisses nicht immer seinen Rechtsgrund angreifen muß, seine Identität also aufrechterhalten bleibt. Andererseits ist es möglich, daß ohne jede äußere Veränderung der Schuld ein neuer Rechtsgrund geschaffen wird.. Maßgebend ist stets der Wille der Parteien. Die Grenze zwischen bloßer Änderung eines Schuldverhältnisses und völliger Neuschaffung ist durchaus flüssig und darf nicht nach äußeren Merkmalen allein beurteilt werden. Genau wie das österreichische Recht ist auch das deutsche Recht darauf angewiesen, den inneren wahren Willen der Parteien zu erforschen [84]). Dies wird im einzelnen Falle sehr schwierig sein. Dann sind alle Umstände, die irgend welche Schlüsse auf den Parteiwillen zulassen, heranzuziehen und entsprechend zu würdigen. Neben dem Parteiwillen sind alle Umstände, besonders wie die Erklärung der Parteien unter Berücksichtigung der Gesamtlage und des wirtschaftlichen Zwecks nach den verkehrsmäßig zu billigenden Anschauungen aufzufassen ist, in Betracht zu ziehen [85]). Die Rechtsprechung der oberen Gerichte hat diese schwierige Frage oft in vorbildlicher Weise entschieden [86]).

Nur auf diesem Wege wird man zu befriedigenden Ergebnissen gelangen. Irgendwelche Vermutungen nach der einen oder anderen Richtung sind entschieden zu verwerfen. Sie würden nicht nur dem Parteiwillen Fesseln anlegen, sondern sind auch durch das Gesetz in keiner Weise begründet [87]). —

Als zweites Merkmal dafür, ob eine neue Verbindlichkeit entstanden ist, nennt § 1376 ABGB die Verwechselung des Hauptgegenstandes. Was unter Hauptgegenstand im Sinne der §§ 1376 ff. anzusehen ist, sagt das Gesetz nicht. Es läßt sich dies aber indirekt aus § 1379 herleiten, der den Hauptgegenstand in Gegensatz zu den sogenannten Nebenbestimmungen setzt. Hauptgegenstand wie Nebenbestimmungen fallen unter den Gesamtbegriff des Gegenstandes einer Obligation. Hierunter ist die Leistung zu verstehen, die auf Grund der Obligation vom Schuldner zu bewirken ist [88]). Nebenbestimmungen sind diejenigen, die gem. § 897 ff. ABGB nur als Modifikation der Hauptleistung in Erscheinung treten können [89]). Als Haupt-

---

[84]) RG i. Jurist. Wschr. 1918, S. 302.

[85]) RG i. Jurist. Wschr. 1928, S. 166, Nr. 22.

[86]) RGZ Bd. 113, S. 205; RGZ Bd. 119, S. 21; RG i. Jurist. Wschr. 1927, S. 2505; RG i. Jurist. Wschr. 1928, S. 166. Nr. 22; RG i. Seuff.Arch. Bd. 62, S. 351; RG i. Dt. Jurist.Zeitg. 1928, S. 1015; KG i. Jurist. Wschr. 1927, S. 465; OLG Hamburg i. Jurist. Wschr. 1928, S. 166, Nr. 22 u. a. m.

[87]) daher ist Peter Klein, Vertragliche Änderung des Inhaltes eines Schuldverhältnisses, Wien 1907 nicht beizutreten, wenn er die meisten Fälle mit bloßer Inhaltsänderung erklären will.

[88]) Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 160 f. Hasenöhrl, Obl.R. II, S. 520.

[89]) Klang (Wolff), Komm. IV, § 1377, Anm. III, S. 269.

gegenstand der Leistung bleibt demnach dasjenige übrig, was selbständig geschuldet wird [90]). Hauptgegenstand ist also alles, was für die Leistung wesentlich ist, so daß bei ihrem Fortfall die Leistung eine andere wird. Zweck des Rechtsgeschäftes und Parteiabrede spielen in der Beurteilung eine nicht unerhebliche Rolle.

Nach österreichischem Recht ist, wie gesagt, die Verwechselung des Hauptgegenstandes also Grund für die Entstehung einer neuen Verbindlichkeit. Unter „Verwechselung" ist genau wie beim Rechtsgrund die Schaffung eines anderen Hauptgegenstandes zu verstehen.

Wie bereits oben vermerkt wurde, ist diese Vorschrift der Anlaß zu einer Meinungsverschiedenheit über die Bedeutung des Ausdrucks „Rechtsgrund" gewesen (vgl. S. 25 f.). Der innere Grund hierzu lag darin, daß man glaubte, die Vorschrift dahin verstehen zu müssen, daß eine neue Verbindlichkeit unter Aufrechterhaltung desselben Entstehungsgrundes aber unter Verwechselung des Hauptgegenstandes zustande kommen könnte. So ist die Vorschrift des § 1376 ABGB nicht zu verstehen.

Bei der Betrachtung, welche Rolle der Rechtsgrund für den Bestand einer Verbindlichkeit spielt, haben wir gesehen, daß ein Fortbestand des Rechtsgrundes unter Aufhebung und Neuschaffung einer Verbindlichkeit logisch undenkbar ist. Für die neue Verbindlichkeit ist der Rechtsgrund eben der Akt, durch den sie geschaffen wurde, nicht aber der, der Entstehungsgrund für eine frühere jetzt aufgehobene Schuld ist. Dies hatte Hasenöhrl [91]) richtig erkannt. Wenn er allerdings meinte, dem Ausdruck Rechtsgrund einen anderen Sinn geben zu müssen, um dieses an sich unmögliche Ziel erreichen zu können, so ist dem nicht beizustimmen.

Die Bestimmung kann entweder so aufgefaßt werden, daß wohl zuzugeben ist, daß eine Verwechselung des Hauptgegenstandes bei gleichbleibendem Rechtsgrunde begrifflich eine neue Verbindlichkeit nicht hervorbringen kann, es ist aber zu fingieren, daß trotzdem eben eine neue Verbindlichkeit entsteht.

Dies ist eine Erklärung, die Hruza von der Neuerung durch Verwechselung des Hauptgegenstandes gibt [92]). Er sieht in der Verwechselung des Hauptgegenstandes rechtlich nur eine Modifikation des Schuldverhältnisses, das ohne Aufgabe seiner Identität weiter fortbesteht. Diesem Vorgang, der eine Novation im streng rechtlichen Sinne gar nicht darstellt, gibt das Gesetz die Wirkung einer solchen.

---

90) derselbe, a. a. O.
91) Hasenöhrl, Obl.R. II, S. 518 f.
92) Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 159 f.

Die Bestimmung kann aber auch folgendermaßen aufgefaßt werden. Das Gesetz erkennt sehr wohl, daß die Neuschaffung einer Verbindlichkeit ohne neuen Rechtsgrund nicht möglich ist. Es will aber damit zum Ausdruck bringen, daß der Parteiwille nicht in allen Fällen auf Schaffung eines neuen Rechtsgrundes gerichtet sein muß, um eine neue Verbindlichkeit zur Entstehung bringen können. Es genügt vielmehr, daß die Parteien nur den Leistungsgegenstand einer Verbindlichkeit derart ändern, daß die Leistung jetzt eine völlig andere ist. Geschieht dies, so ist die alte Verbindlichkeit derart verändert, daß sie als „dieselbe" nicht mehr anzuerkennen ist. Sie ist jetzt vielmehr eine neue Verbindlichkeit, die ihren Entstehungsgrund nicht mehr in dem ursprünglichen Vertrag sondern in dem Verwechselungsvertrag hat. Der Rechtsgrund wird also in diesem Falle auch dann ein anderer, wenn der Parteiwille nicht direkt darauf gerichtet war.

Es ist aber genau wie im Falle der Verwechselung des Rechtsgrundes erforderlich, daß der Parteiwille auf Verwechselung des Hauptgegenstandes gerichtet ist. Eine unter Umständen recht tiefgreifende Änderung des Hauptgegenstandes hat noch keine Verwechselung desselben zur Folge, wenn die Parteien damit nur eine allerdings erhebliche Modifikation nehmen wollten.

Dieser letzteren Anschauung ist entschieden der Vorzug zu geben. Der Hauptgrund, warum Hruza sich zu der ersteren Ansicht bekennt, liegt in seiner mißverständlichen Auffassung des Wortes „oder" in § 1376. Er legt es dahin aus, daß nach dem Willen des Gesetzgebers entweder nur Verwechselung des Rechtsgrundes oder des Hauptgegenstandes nie aber beides eine Neuerung bewirken könne. Diese Auffassung entspricht keineswegs dem Willen des Gesetzgebers, dem es nicht darauf ankam, zwei sich einander ausschließende Mittel zur Herbeiführung der Neuerung zu geben, sondern überhaupt nur zwei Mittel. Im übrigen ist es immer bedenklich, einer Theorie den Vorzug zu geben, die nur durch Annahme einer gesetzlichen Fiktion zum Ziele gelangt, wenn sich gleichzeitig eine rechtliche Erklärung des Vorganges geben läßt, ohne daß man zu diesem Mittel greift.

Mit der Anerkennung der an zweiter Stelle genannten Auffassung ergibt sich für das österreichische Recht demnach folgendes. Die Verwechselung des Hauptgegenstandes einer Verbindlichkeit schafft eine neue, sofern der Wille der Parteien auf Schaffung eines neuen Hauptgegenstandes gerichtet ist. Der Rechtsgrund der neuen Verbindlichkeit ist nicht kongruent mit dem der alten. Er gleicht dem Rechtsgrund der alten Verbindlichkeit nur. Wird aber neben der Verwechselung des Hauptgegenstandes zugleich eine Vereinbarung über die Umwandlung des Rechtsgrundes getroffen, so ist kein Anlaß gegeben, die Entstehung einer neuen Ver-

bindlichkeit als objektives Erfordernis einer Neuerung zu bezweifeln [93]).

Im einzelnen ist hierzu folgendes zu bemerken.

Änderungen von ausgesprochenen Nebenbestimmungen im Sinne der §§ 897 ff. ABGB stellen sich lediglich als Modifikation der Hauptleistung dar. So können also Änderungen von Ort und Zeit der Leistung nie Verwechselung des Hauptgegenstandes ausmachen [94]).

Ebenso liegt grundsätzlich keine Verwechselung des Hauptgegenstandes in der Veränderung von Nebenverpflichtungen, z. B. Zinsen, Früchte, oder von Verbindlichkeiten, die zur Hauptverbindlichkeit akzessorisch sind, wie etwa Bürgschaft oder Pfandrecht [95]).

Eine maßliche Verschiedenheit zwischen alter und neuer Verpflichtung ist keine ausreichende Änderung des Hauptgegenstandes, es muß vielmehr eine artliche Verschiedenheit vorliegen [96]). Der bisherige Gegenstand muß ausgeschieden und durch einen artlich völlig anderen ersetzt werden.

Wird zwischen den Parteien eine Vereinbarung dahin getroffen, daß der Schuldner das Recht hat, sich durch eine andere Leistung als die geschuldete zu befreien (sog. facultas alternativa), so ist der Hauptgegenstand nicht geändert worden. Hier ändert nur eine Nebenbestimmung die Art der Leistung [97]).

Anders ist dies, wenn die gewöhnliche Schuld in eine Wahlschuld umgewandelt wird. In diesem Falle greift die Vereinbarung in das Schuldverhältnis selbst ein, in dem die nunmehr geschuldete Leistung artlich von der ursprünglich geschuldeten Leistung verschieden ist [98]).

Wird die ursprünglich geschuldete Leistung ohne weiteres durch eine völlig andere ersetzt, so liegt die Verwechselung des Hauptgegenstandes in reinster Form vor. —

Was das reichsdeutsche Recht anbetrifft, so fehlt auch hier eine positive Vorschrift, daß eine so tiefergreifende Änderung des Leistungsgegenstandes, daß die Leistung eine völlige andere wird, den Untergang der alten und die Entstehung einer neuen Verbindlichkeit im Gefolge hat. Dennoch ist diese

---

93) so Klang (Wolff) Komm. IV, Anm. III, S. 269. Schuster-Bonnot, Grundriß d. Obl.R. S. 42. Krasnopolski i. krit. Viertelj.Schr. Bd. 25, S. 23 f. Strohal i Grünh. Z. Bd. 10, S. 419. Unger ebenda, Bd. 15, S. 558 Note 10. Hasenöhrl, Obl.R. II, S. 526. a. M. Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 26 und 169 Note 3 von seinem Standpunkt aus folgerichtig.

94) Hruza, a a. O. S. 161. Hasenöhrl, a. a. O., S. 520.

95) wie 94.

96) Ob.Ger.Hof i. Glaser-Unger Bd. 34, Nr. 15752.

97) Hruza, a. a. O. S. 151.

98) Klang (Wolff), Komm. IV, § 1377 III, S. 269 a. M. Hruza, a. a. O. S. 170, der hierin zu Unrecht nur eine Modifizierung des Hauptgegenstandes sieht.

Rechtsfolge nicht zu bezweifeln. Der wesentliche Bestandteil des Schuldverhältnisses ist das Recht, eine Leistung zu fordern (§ 241 DBGB). Daß es sich hierbei nicht um irgendeine beliebige, sondern um eine ganz bestimmte, durch Vertrag fest umrissene Leistung handelt, kann gar keinem Zweifel unterliegen. Wird diese so in ihren Grenzen unverrückbare Leistung dennoch geändert, daß diese Grenzen überschritten werden, so wird damit das Schuldverhältnis eines seiner wesentlichen Teile beraubt. Mit der geschuldeten Leistung, die nun eine andere ist, ist auch das Schuldverhältnis und damit die Schuld eine andere geworden.

Allerdings hat nicht jede Änderung des Leistungsgegenstandes einen solchen Untergang zur Folge. Die Änderung muß vielmehr soweit gehen, daß wirtschaftlich etwas völlig neues erscheint. Wo die Grenze hier zu ziehen ist, wird nicht unter eine bestimmte und feststehende Regel zu bringen sein, vielmehr ist dies nach der Natur, dem Zweck und den äußeren Umständen zu beurteilen [99]).

Demnach schafft genau wie im österreichischen Recht die Änderung von Nebenbestimmungen noch keine neue Verbindlichkeit. Ebensowenig reicht maßliche Änderung aus [100]). Vielmehr ist artliche Änderung erforderlich. Die Frage, ob eine solche vorliegt, ist nicht immer zweifelsfrei, auch hier sind die äußeren Umstände in Betracht zu ziehen. Vereinbarung einer facultas alternativa schafft keinen neuen Leistungsgegenstand, wohl aber die Umänderung einer gewöhnlichen Schuld in eine Wahlschuld. —

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß österreichisches und reichsdeutsches Recht in der Frage, wann eine neue Verbindlichkeit begründet wurde, denselben Prinzipien folgen, obwohl für das deutsche Recht eine positive Gesetzesvorschrift nicht besteht. Einer solchen bedarf es auch nicht, denn die Sätze ergeben sich mit zwingender Notwendigkeit aus der Natur der Sache. Es zeigt sich vielmehr, daß die Bestimmung des § 1376 ABGB „wenn der Rechtsgrund oder der Hauptgegenstand einer Forderung verwechselt wird" nur die tatsächlich notwendigen Maßnahmen aufzählt, die vorliegen müssen, wenn eine neue Verbindlichkeit aus einer alten Schuld geschaffen werden soll. Dadurch, daß diese Maßnahmen notwendig sind, hätte auf ihre Aufzählung ebensogut verzichtet werden können. —

§ 10. Die Rechtsgiltigkeit der neuen Verbindlichkeit.

Um eine Neuerung herbeiführen zu können, ist sowohl nach österreichischem wie reichsdeutschem Recht naturgemäß

---

[99]) Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, 12. Bearb. § 42, S. 164.
[100]) Enneccerus, a. a. O. Klein, Vertragl. Änderung, S. 44.

erforderlich, daß die neubegründete Verbindlichkeit rechtsgiltig ist.

a) Sie kann selbstverständlich sofort voll rechtswirksam sein. Auch wenn sie unter einer auflösenden Bedingung begründet wird, ist ihre Vollgiltigkeit und Rechtswirksamkeit nach dem Ergebnis des § 5 a nicht in Frage zu stellen.

b) Sie kann künftig, aufschiebend bedingt oder befristet sein, denn bei diesen Verbindlichkeiten ist die Rechtswirksamkeit nur hinausgeschoben (oben § 5 b).

c) Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, ist nach den Untersuchungen des § 5 c vollgiltig wie vollwirksam. Ihre Geltendmachung ist lediglich durch ein Gegenrecht gehemmt. Die Fähigkeit solcher Verbindlichkeiten, eine Neuerung herbeizuführen, dürfte nach dem Gesagten keinem Zweifel unterliegen. Allerdings sind hier die Beschränkungen zu beachten, die durch die Natur der „neubegründeten" Verbindlichkeit bedingt sind. So ist die Begründung einer verjährten Forderung begrifflich etwas Unmögliches.

d) Schließlich kann die neue Verbindlichkeit sogar in gewissem Maße ungiltig sein, ohne damit notwendig neuerungsunfähig zu sein. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn die neue Verbindlichkeit anfechtbar, aber noch nicht angefochten ist. Wie oben § 6 b dargelegt wurde, ist nach beiden Rechten die Rechtswirksamkeit einer solchen Verbindlichkeit nicht in Frage zu stellen. Nichtige Verbindlichkeiten können selbstverständlich nicht neuernd wirken (§ 6 a), da sie jeder Rechtswirksamkeit entbehren. Es ist demnach auch vor allem nicht möglich, durch solche sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten eine Neuerung vorzunehmen, die gemäß unserer Untersuchung in § 7 gar keine rechtlichen Verbindlichkeiten sind. Dagegen können relativ unwirksame Verbindlichkeiten eine Neuerung herbeiführen, soweit sie rechtswirksam sind, da sie in diesem Umfange als vollgiltige Verbindlichkeiten gelten. —

§ 11. Die causa der neuen Verbindlichkeit.

a) die abstrakte Verbindlichkeit.

Wie wir bei Betrachtung der geschichtlichen Entwickelung des Novationsbegriffes gesehen haben, war die novatio der Römer in den Mitteln, durch die sie herbeigeführt werden konnte, eng begrenzt. Sie konnte nur durch die stipulatio vorgenommen werden, die selbst eine einseitige abstrakte Verbindlichkeit hervorbrachte. Die formenstrenge stipulatio kennt das moderne Recht nicht mehr, sie hat ihren Ersatz in der Möglichkeit gefunden, jede Schuld von ihrem Rechtsgrund loszulösen und so ein abstraktes Leistungsversprechen zu begründen. Schafft der Schuldner durch

Neuerungsvertrag eine derartige abstrakte Schuld, die an die Stelle seiner bisherigen Verbindlichkeit treten soll, so ist der rechtliche Vorgang mit heutigen Mitteln derselbe, wie ihn das römische Recht mit Hilfe der Stipulation herbeiführte. Seine unbestrittene Zulässigkeit im heutigen österreichischen wie reichsdeutschen Recht unterliegt daher nicht einmal historischen Bedenken [101]).

b) Die kausale Verbindlichkeit.

1. Zulässigkeit. Fraglich ist es allerdings ob das heutige Recht so weit gehen darf, sogar eine kausale Schuld als Mittel zur Neuerung zu verwenden. Das ältere Recht hatte in dieser Hinsicht keine Bedenken. Es stand auf dem an sich natürlichen Standpunkt, daß die abstrakte Natur der umschaffenden Schuld seinen einzigen Grund in der Tatsache hatte, daß eine Stipulation als abstraktes Rechtsgeschäft selbst nur abstrakte Verbindlichkeiten erzeugen konnte. In dem Augenblick, in dem die Stipulation erstarb, verschwand damit die Notwendigkeit, nur durch abstrakte Verbindlichkeiten zu novieren.

Dies war die herrschende Lehre zu der Zeit, als das österreichische ABGB geschaffen wurde. Die Gesetzgeber faßten daher den Text des Gesetzes so, daß daraus unmöglich das Erfordernis entnommen werden konnte, daß nur durch einen abstrakten Neuerungsvertrag, nur durch Begründung einer abstrakten Schuld noviert werden könnte [102]). Es ergibt sich aus der Verfassungsgeschichte des Gesetzes, daß die Gesetzgeber bei der Abfassung der §§ 1376 ff. geradezu an den Fall einer Novation durch kausale Schuld dachten [103]).

Allerdings ist diese Auffassung nicht unwidersprochen geblieben. Die spätere Lehre des gemeinen Rechts [104]) stellte die kausale „Novation" gänzlich außerhalb der Novation und bezeichnete sie mit Schuldverwandelung. Dieser Schuldverwandelung wurde eine novierende Wirkung abgesprochen [105]). Diese Lehre suchte Hruza auch auf das österreichische Recht zu übertragen [106]), ohne dabei dem Umstand Rechnung zu tragen, daß das ABGB ganz im Sinne der älteren Auffassung geschaffen worden ist. Wie weit die von Sintenis begründete Lehre für das gemeine Recht zutrifft, mag hier dahingestellt bleiben, Tatsache ist, daß Hruza mit seiner Lehre im öster-

---

101) Enneccerus-Lehmann, Schuldverh. 11. Bearb. § 75, S. 254 bezeichnet diese Art der Umschaffung mit Novation, da sie der römischen novatio am nächsten kommt.

102) Klang (Wolff), Komm. IV. § 1377 Anm. VI, 2 S. 273.

103) vgl. Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 28.

104) Sintenis, Civilrecht II, § 105 b. Salkowski, Z. Lehre v. d. Novation, S. 71.

105) Sintenis, a. a. O.

106) Hruza, a. a. O. S. 34 ff.

reichischen Recht nicht durchdringen konnte und nicht durchdrang. Es erhob sich vielmehr im Hinblick darauf, daß die Redaktoren des Gesetzes nachweislich genau den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen hatten, allgemeiner Widerspruch [107]), der bis heute fortdauert [108]). —

Das reichsdeutsche Recht steht die Frage völlig anders gegenüber. Als das BGB geschaffen wurde, war der fragliche Streit im gemeinen Recht in vollem Gange, das DBGB wurde davon jedoch nicht berührt, da es auf eine gesetzliche Ausgestaltung der Novation verzichtete. Diese nähere Ausgestaltung erfolgt vielmehr nach dem freien Willen der Vertragsparteien, wobei die Grenzen, innerhalb welcher sie sich bewegen muß, durch den Begriff der Umschaffung gezogen sind. Es gehört nun aber durchaus nicht zum Begriff der Umschaffung, daß die neue Verbindlichkeit zwangsläufig abstrakt sein muß. Es kommt vielmehr nur darauf an, daß überhaupt eine neue Verbindlichkeit geschaffen wird. Dieser Gedanke kehrt in den Bemerkungen wieder, die die Kommentare und Lehrbücher zu dem fraglichen Punkt machen [109]). Eine nähere Untersuchung, ob etwa das rechtliche Wesen des Umschaffungsvertrages der Verwendung einer kausalen Verbindlichkeit im Wege steht, findet sich nicht. Man beruft sich nur darauf, daß mit dem Fortfall der Stipulation eine Beschränkung auf abstrakte Verbindlichkeiten keine Berechtigung mehr habe.

Eine Einschränkung findet sich bei Planck [110]). Er erklärt, daß an sich auf Grund der Vertragsfreiheit wohl eine kausale Verbindlichkeit zur Umschaffung zuzulassen sei, allerdings könnten die im BGB verwendeten Vertragstypen als causa nicht in Frage kommen. Bei den hierauf sich gründenden Verbindlichkeiten liege der Rechtsgrund stets schon in der Erwartung der Gegenleistung, er könne nicht zugleich in der erstrebten Aufhebung einer alten Verbindlichkeit liegen.

Diese Bemerkung enthält meines Erachtens etwas Richtiges und etwas Falsches. Richtig ist sie soweit, als sie das Zusammentreffen zweier causae als untunlich hinstellt. Hierüber wird weiter unten noch zu sprechen sein. Unrichtig ist dagegen die Behauptung, daß bei allen Vertragstypen des BGB die Leistung im Hinblick auf die Gegenleistung geschehe. Es finden sich auch hier Verträge, bei denen dies nicht der Fall ist, nämlich alle einseitigen Verträge.

---

107) Hasenöhrl, Obl.Recht II, S. 525 Note 40. Krasnopolski i. Krit. Viertelj. Schr. Bd. 25 S. 41. Unger i. Grünh. Z. Bd. 15. S. 556, Note 2.

108) Ehrenzweig, Schuldverh. § 354, I 2, Klang (Wolff), Komm. IV § 1377 Anm. VI 2 S. 273.

109) Planck (Siber), Schuldverh. 1. Bd. § 305 Anm. 2 a γ bb. Staudinger (Werner) Schuldverh. 1. Teil Einl. C I 1 vor § 362 S. 649. Enneccerus Lehmann, Schuldverh. § 75 IV S. 272.

110) Planck (Siber) a. a. O.

Die Bemerkung Plancks weist aber auf eine nicht unerhebliche Schwierigkeit hin, die bei der kausalen Umschaffung gleichermaßen im österreichischen wie im reichsdeutschen Recht entsteht.

Wie oben dargelegt, ist bei der abstrakten Neuerung die Aufhebung der alten und Begründung der neuen Schuld zwar auch Folge eines einzigen Vertrages, nämlich des Neuerungsvertrages, es sind aber diese beiden Rechtsakte nicht ersichtlich in kausale Verbundenheit miteinander gebracht. Anders beim kausalen Neuerungsvertrag. Hier wird die Aufhebung der alten Verbindlichkeit und ihre Ersetzung durch die neue ausdrücklich bedungen [111]). Es liegt demnach die causa der Begründung der neuen Schuld in der Aufhebung der alten Schuld.

Nun entsteht die Frage, auf welcher causa die neue Schuld beruht. In diesem Punkte gehen die Meinungen auseinander.

Planck [112]) führt aus, daß die causa solvendi der Entstehungsgrund des Umschaffungsvertrages sei, folglich sei sie gleichzeitig die causa der umschaffenden (neuen) Verbindlichkeit.

Mit Recht widerspricht diesen Ausführungen Pantle [113]) unter Bezugnahme auf einen Aufsatz von Rümelin [114]). Die genannten weisen darauf hin, daß die causa solvendi einer ganz anderen Art von causae angehört wie die rechtlichen Entstehungsgründe der Verbindlichkeiten, die aus den im DBGB geregelten Vertragstypen hervorgehen. Diese letzteren bezeichnet man als obligatorische causae erster Ordnung.

Während nun diese causae erster Ordnung die Grundlage der obligatorischen Verpflichtungsgeschäfte sind, ist die causa solvendi der Rechtsgrund für das Rechtsgeschäft, das die Erfüllung eines Verpflichtungsgeschäftes zum Gegenstand hat. Der causa solvendi kann demnach stets ein Geschäft mit einer causa erster Ordnung zugrunde liegen. Dieselbe Eigenschaft weisen noch verschiedene andere obligatorische causae auf, so die causa donandi und die causa novandi. Alle diese bezeichnet man im Gegensatz zu den ersten als obligatorische causae zweiter Ordnung.

Pantle [115]) folgert nun hieraus richtig, daß eine causa zweiter Ordnung nie die Stellung einer causa erster Ordnung einnehmen könne.

Die Tatsache, daß die causa solvendi nicht rechtliche Grundlage einer Obligation sein kann, folgt meines Erachtens

---

111) Staudinger (Werner) Schuldverh. 1. Teil Einl. C I 1 vor § 362 S. 649.
112) Planck (Siber) a. a. O.
113) Pantle, Die Novation n. d. Rechte d. BGB, Tüb. Diss. S. 34 f.
114) Rümelin i. Archiv f. ziv. Prax. Bd. 97 S. 211 ff.
115) a. a. O. S. 35.

aber bedeutend einfacher aus folgender Erwägung. Der Neuerungsvertrag bewirkt dem Willen der Parteien entsprechend Aufhebung der alten und Begründung der neuen Forderung. Die Begründung der neuen Schuld geschieht also solvendi causa im Hinblick auf die alte Verbindlichkeit. Die auflösende Wirkung ist also der Grund, warum sich der Schuldner neu verpflichtet, die causa obligandi. Zur causa obligandi ist aber stets in Gegensatz zu stellen die causa obligationis, d. h. der Grund, warum die Verbindlichkeit entsteht.

Dies auf die Umschaffung angewandt ergibt, daß die Solutionsabsicht der Parteien die causa obligandi ist, nie kann sie aber die causa obligationis der Entsehungsgrund der neuen Forderung sein.

Bis zu dem Ergebnis ist der Anschauung Pantles zuzustimmen. Die Folgerung, die er nun für die Eigenschaft der causa obligationis der neuen Verbindlichkeit zieht, ist folgende [116]). Da die causa solvendi unmöglich die causa obligationis der neuen Verbindlichkeit sein kann, so hat sie eben gar keine ersichtliche causa aufzuweisen. Sie ist vielmehr notwendig abstrakt, auch wenn der Neuerungsvertrag selbst kausal ist. Die Begründung einer solchen Forderung bedarf im reichsdeutschen Recht stets der Schriftform der §§ 780 f. DBGB.

Dieser Schlußfolgerung kann ich nicht folgen. Daß die causa solvendi nicht Rechtsgrund der neuen Verbindlichkeit sein kann, schließt keinesfalls aus, daß dieselbe auf einer der zahlreichen causae erster Ordnung des ABGB bezw. DBGB beruhen kann. Allerdings ist der Neuerungsvertrag das begründende Element der neuen Schuld und ein „Rechtsgrund der Novation" ist unmöglich, weil auch die causa novandi eine obligatorische causa zweiter Ordnung ist, also höchstens causa obligandi sein kann. Der Neuerungsvertrag kann aber zugleich die begründenden Bestandteile eines anderen Vertrages enthalten, auf dem die neue Verbindlichkeit sodann beruht. Es muß im Neuerungsvertrag nur eine solche typische vertragliche Bindung durch Willenseinigung der Parteien feststellbar sein. Gewiß muß zugegeben werden, daß hierzu nicht jeder Vertrag geeignet ist, daß sich oft nur mit Mühe ein solcher Vertrag in der Neuerung erkennen läßt. Aber im Grunde ist diese Möglichkeit durchaus anzuerkennen.

2. Einschränkungen. Soeben bemerkte ich, daß nicht jede unserer gesetzlich geregelten Vertragstypen geeignet sei, die rechtliche Grundlage einer neuernden Verbindlichkeit zu sein. Es fragt sich nun, welche Vertragsarten hier also ausscheiden müssen und welche verwendbar sind.

Aus der Definition der Neuerung — „Aufhebung der alten Schuld durch Begründung einer neuen" — folgt, daß Auf-

---

116) Pantle a. a. O. S. 36.

hebung und Begründung in einem wechselseitigen kausalen Verhältnis stehen müsen, um die Neuerungswirkung zu erzielen. Dieser Zusammenhang besteht darin, daß der Grund für die Schaffung der neuen Verbindlichkeit die Aufhebung der alten Schuld, Aufhebungsgrund für die alte Schuld, aber die Begründung der neuen Verbindlichkeit ist. Aus der Notwendigkeit dieser kausalen Wechselwirkung zwischen Aufhebung und Neubegründung [117]) läßt sich ein wichtiger Schluß hinsichtlich der neuen Verbindlichkeit ziehen.

Der bestimmende Umstand, daß die neue Verbindlichkeit begründet wurde, die causa obligandi für eine Schuld, die auf einem gegenseitigen Vertrage beruht, liegt stets darin, daß der Verpflichtete in seiner Schuld ein Äquivalent für die Gegenleistung der anderen Partei erblickt.

Es taucht nun hier die Frage auf, ob etwa die neue Schuld bei einem Neuerungsvertrage eine solche sein kann, die ihren Entstehungsgrund in einem gegenseitigen Vertrage hat. Nach dem Gesagten ist dies zu verneinen, denn in diesem Falle müßten für die neue Schuld zwei causae obligandi nebeneinander bestehen können. Einmal die jedem gegenseitigen Vertrage eigene Erwartung der Gegenleistung, ferner aber die Aufhebung der alten umzuschaffenden Schuld. Hierin liegt ein Widerspruch, denn zwei verschiedene causae obligandi für eine Schuld sind etwas Unmögliches [118]). Demzufolge scheiden Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen aus.

Die neue Schuld darf also nur auf Rechtsgeschäften beruhen, die nicht mit einer anderen causa obligandi als derjenigen der Aufhebung der alten Verbindlichkeit abgeschlossen sind. Dies ist aber nur möglich bei einseitigen Rechtsgeschäften, denn diese sind nicht notwendig mit der causa obligandi der Erwartung einer Gegenleistung abgeschlossen, weil sie gar keine Verpflichtung zu Gegenleistungen begründen. Das ist nicht anders, wenn es sich um nicht streng einseitige Rechtsgeschäfte handelt, bei denen Gegenverpflichtungen unter Umständen entstehen können. Diese Gegenforderungen sind aber niemals ausschlaggebend für den Abschluß der Verbindlichkeit, sie können also niemals Gegenstand der causa obligandi sein [119]).

Das vorstehende Ergebnis, daß nur Verbindlichkeiten aus einseitigen Verträgen umschaffenden Charakter haben können, trifft gleichermaßen für das österreichische wie für das reichsdeutsche Recht zu. Der Grund für diese Beschränkung liegt nicht in einer positiven gesetzlichen Vorschrift, er ist allein

---

117) Crome, System II, § 188, 2c bei Note 27.

118) Crome a. a. O.

119) Salkowski, Z. Lehre v. d. Novation, S. 89 f. Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 33, S. 48. a. M. ohne nähere Begründung Klang (Wolff) Komm. IV, § 1377 Anm. VI Note 70, S. 273.

in einer Tatsache zu finden, die der Neuerung beider Rechte zu eigen ist: die Tatsache, daß Aufhebung der alten und Begründung der neuen Verbindlichkeit nicht rein zufällig oder gewollt in einen Zeitpunkt zusammenfallen, sondern daß sie miteinander in engste kausale Verknüpfung gebracht sind. —

Aber selbst unter Beobachtung dieser Beschränkung können sich noch Schwierigkeiten ergeben. Bereits früher betonte ich, daß dem heutigen Rechte nur die vertragliche Novation bekannt ist. Der Neuerungsvertrag ist sowohl das aufhebende wie begründende Moment.

Zur vertraglichen Aufhebung durch bloße Übereinkunft der Parteien ist jede Schuld ohne Einschränkung geeignet, es gibt weder österreichischen noch im reichsdeutschen Recht eine Ausnahme davon.

Die vertragliche Begründung einer Schuld dagegen erfordert bisweilen jedoch mehr, als einen bloßen consensus der Parteien. Es bedarf vielmehr oft bestimmter äußerer Umstände, die zu der Willenseinigung hinzutreten müssen, um den gewünschten rechtlichen Erfolg herbeizuführen [120]). Diese sogegenannten Realgeschäfte können also gar nicht durch einfache vertragliche Vereinbarung entstehen, folglich ist die Begründung einer Verbindlichkeit aus einem solchen Realgeschäft durch bloße Parteiabrede ebenfalls unmöglich.

Im römischen Recht war die Existenz solcher Realgeschäfte unbestritten. Bezeichnend war für sie, daß sie ohne den Eintritt des realen Elements nicht klagbar waren.

In den heutigen Rechten sind derartige Verträge, die wegen Fehlens eines realen Elementes unklagbar sind, nicht vorhanden. Es gibt aber eine Reihe von Rechtsgeschäften, bei denen die Verbindlichkeit der einen Partei erst dann entsteht, wenn ihr von der anderen Partei eine bestimmte Sache in unmittelbaren Besitz übertragen wurde. Es handelt sich um die Fälle des Darlehens, der Leihe, der Verwahrung, und der Pfandbestellung.

Insofern als diese Besitzübertragung als reales Moment angesehen wird, kann man auch für das heutige Recht von Realgeschäften sprechen.

Allerdings gehen hier die Meinungen auseinander. Ich wies bereits darauf hin, daß vor Eintritt des sogenannten realen Elements eine Verbindlichkeit nicht entsteht. Dies ist der Angriffspunkt der Gegenmeinung.

Für das österreichische Recht bestreitet vor allem Hasenöhrl [121]) das Vorhandensein von Realverträgen in dem dargelegten Sinne. Seiner Auffassung nach sind alle in Frage

---

120) Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 503.

121) Hasenöhrl, Obl.R. I § 26, S. 333 ff.

kommenden Verträge gegenseitige Konsensualverträge. Das sogenannte reale Element sei nichts als die Leistung der einen Partei auf Grund des Vertrages. Eine Besondernheit liege nur darin, daß die Verpflichtung der Gegenpartei zur Leistung bedingt sei von der Leistung der ersteren Partei.

Danach ist die Hingabe z. B. der Darlehnssumme kein Element für das Zustandekommen des Darlehensvertrages, sondern die Leistung, zu der der Darlehensgeber auf Grund des Darlehensvertrages verpflichtet ist. Die Verpflichtung zur Rückgewähr entsteht bereits mit Abschluß des Darlehensvertrages, sie ist aber bedingt von der Leistung des Darlehensgebers.

Mit der Auffassung Hasenöhrls stimmen eine Reihe anderer Schriftsteller teils ohne, teils mit gewissen Einschränkungen überein [122]).

Diese Lehre steht meines Erachtens in krassem Widerspruch zu dem ganz klaren unmißverständlichen Text der in Frage kommenden Gesetzesvorschriften, vergl. §§ 983 ABGB (Darlehen), 971 (Leihe), 957 (Verwahrung), 451 (Pfandrecht).

Es kann hier gar keinem Zweifel unterliegen, daß die in Betracht kommenden Verträge gar nicht entstehen, wenn die Übergabe nicht erfolgt. Das Gesetz weist in dem zweiten Satz der angeführten Gesetzesstellen (außer § 451) ausdrücklich darauf hin, daß diese Verträge nicht mit den darauf gerichteten Vorverträgen zu verwechseln seien.

Man kann demnach bei den genannten Rechtsgeschäften tatsächlich von Realverträgen in dem genannten Sinne sprechen [123]).

Das DBGB weicht in diesem Punkte vom ABGB insofern ab, als es zwar hinsichtlich des Pfandrechtes an beweglichen Sachen, § 1205, eine zweifelsfreie Fassung aufzuweisen hat, nicht aber bezüglich der übrigen drei Rechtsgeschäfte. Bei der unentgeltlichen Verwahrung, der Leihe und vor allem dem Darlehen haben sich daraufhin zahlreiche Stimmen erhoben, die diesen Verträgen ihre Eigenschaft als Realgeschäfte und einseitige Verträge bestritten.

Meines Erachtens zu Unrecht. Der Anschauung im Geschäftsverkehr entspricht es am meisten, wenn man als das schuldbegründende Element die Hingabe des Gegenstandes ansieht. Auf die Vorvertrtäge wird in den seltensten Fällen zurückgegriffen. Die Parteien denken meist gar nicht mehr daran [124]).

---

122) Vergl. die ausführliche Zusammenstellung bei Hasenöhrl a. a. O. S. 333, Note 36.

123) Ehrenzweig, Schuldverhältnisse, § 361, S. 396 (Darlehen); § 360, S. 393 (Leihe); § 357, S. 376 (Verwahrung); derselbe, Sachenrecht, § 273, S. 443 (Pfandrecht). Krasnopolski-Kaffka, Obl.R. § 69, S. 345 (Darlehen); § 68, S. 341 (Leihe); § 67, S. 333 (Verwahrung).

124) vergl. besonders Regelsberger i. Iherings J. Bd. 52, S. 413.

Für den Neuerungsvertrag ergeben sich nun Schwierigkeiten, wenn die alte Schuld durch Schaffung einer neuen aufgehoben wird und die letztere auf den Rechtsgrund eines Realvertrages gestellt wird. Die Neuerung ist ein entgeltliches Geschäft, da die neue Schuld wirtschaftlich gesehen den Gegenwert zur Erfüllung der alten Schuld darstellt [125]). Es ist zwar nicht notwendig, daß die Höhe der alten und neuen Schuld absolut gleich ist, nach dem Willen der Parteien soll die neue Schuld aber stets den Gegenwert für die alte Schuld darstellen. Tritt nun, wie beim Realvertrag, noch das Erfordernis eines äußeren Umstandes hinzu, damit die Verbindlichkeit entsteht, etwa eine Besitzverschaffung, wie es meist der Fall ist, so ist einer Partei damit entschieden zu viel zugeflossen, die andere aber ist geschädigt.

Diese Erwägung scheint zu dem Ergebnis zu führen, daß Realverträge gar nicht geeignet sind, eine neuernde Schuld hervorzubringen.

Dem ist zu widersprechen. Wie oben dargelegt wurde, handelt es sich in beiden Rechten bei dem sogenannten realen Element stets um die Übergabe einer Sache, d. h. um die Übergabe des unmittelbaren Besitzes von einem Vertragsteil auf den anderen. Zu einer derartigen Besitzübertragung gibt es in beiden Rechten zwei Möglichkeiten. Einmal die gewöhnliche körperliche Übertragung, die longa manu traditio des römischen Rechts, § 312 ABGB, § 854 DBGB. Ferner die brevi manu traditio, die Übertragung durch bloße Willenseinigung, wenn der Erwerber ohne weiteres in der Lage ist, die Gewalt auszuüben. Die Zulässigkeit der brevi manu traditio im österreichischen Recht folgt aus § 428 ABGB, wo von der „Übergabe durch Erklärung" die Rede ist. Für das deutsche Recht vergl. § 854 Abs. 2 DBGB.

Beide Arten der Übertragung stehen vollkommen gleichberechtigt nebeneinander, denn in beiden Fällen geht der unmittelbare Besitz direkt von der einen Partei auf die andere über. Es wird lediglich ein unnötiges Hin- und Herschieben der zu übertragenden Sache vermieden. Die brevi manu traditio ist daher ohne Einschränkung geeignet, das reale Element der Realgeschäfte auszumachen. Der rechtliche Vorgang bei der Neuerung durch eine auf einem Realvertrag beruhende Verbindlichkeit ist daher so zu erklären, daß die geschuldete Leistung des Verpflichteten nicht an den Gläubiger übergeben und von diesem auf den Schuldner rückübertragen wird, sondern der Schuldner behält den zu leistenden Gegenstand. Hierin ist eine traditio brevi manu zu erblicken, die das reale Element durch den Realvertrag darstellt, auf dem die neue Schuld beruht. Die

125) Klang (Wolff), Komm. IV, § 1377, V, S. 270. Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 47, bes. S. 138 ff.

Übergabe hat also tatsächlich stattgefunden, sie wird nicht nur fingiert [126]).

Demnach sind also auch Realverträge fähig, die Grundlage der neuen Verbindlichkeit zu sein. Es kann also jede Geldschuld in eine Darlehensschuld [127]), jede Verbindlichkeit auf Herausgabe einer Sache in eine Schuld auf Grund eines Leih- oder Verwahrungsvertrages umgewandelt werden.

Für das österreichische Recht erscheint dies zweifelsfrei.

Im reichsdeutschen Recht kann dagegen geltend gemacht werden, daß die Auffassung der weitaus überwiegenden Meinung dahin geht, daß das sogenannte Vereinbarungsdarlehen des § 607 Abs. 2 DBGB rechtlich nicht mit der Hingabe der Darlehensvaluta brevi manu, sondern in anderer Weise zu erklären ist.

Dem ist zuzustimmen. Wenn das Gesetz in § 607 Abs. 2 die Zulässigkeit eines Vereinbarungsdarlehens ausspricht, so will es damit nicht die Zulässigkeit der Darlehensbegründung unter Verwendung der traditio brevi manu aussprechen. Dies ist nämlich eine Selbstverständlichkeit, da traditio longa manu und brevi manu in dieser Hinsicht gleich stehen. Der Grund liegt vielmehr darin, daß man noch andere Entstehungsarten des Darlehens ohne Übergabe der Darlehensvaluta zulassen wollte. Es handelt sich also um eine Ausnahmevorschrift.

Dadurch wird aber keineswegs die Unzulässigkeit der Darlehensbegründung unter Verwendung der Übergabe kurzer Hand ausgesprochen. Diese ist vielmehr immer dann anzunehmen, wenn der Parteiwille dies erkennen läßt. Dies ist aber der Fall, wenn die Parteien eine Schuld in eine Darlehensschuld umschaffen, denn eine kausale Umschaffung in eine Darlehensschuld ist nur durch Annahme einer brevi manu traditio zu erklären.

Realverträge sind also ohne Einschränkung im österreichischen wie im deutschen Recht geeignet, der Entstehungsgrund der neuernden Verbindlichkeit zu sein.

Die Richtigkeit dieser Auffassung bestätigt die Tatsache, daß im Verkehr gerade die Umschaffung in ein Darlehen zu den weitaus meisten Fällen einer Neuerung gehört, wie dies die Fülle höchstrichterlicher Entscheidungen in beiden Rechten zeigt.

Zusammenfassend ist sowohl für das österreichische wie für das reichsdeutsche Recht festzustellen, daß die neue Verbindlichkeit sowohl abstrakt wie kausal sein kann. Im letzteren Fall ist allerdings zu beachten, daß die neue Verbindlichkeit nur auf

---

[126]) Windscheid-Kipp, Pandekt. II, § 354 Note 2. Hasenöhrl, Obl.R. II, § 96, S. 524. a. M. Unger i. Grünh.Z. 15, S. 558, Note 11.

[127]) Hasenöhrl, a. a. O. Strohal i. Grünh. Z. 10, S. 411 ff. Unger ebenda, Bd. 15. S. 556 Note 5. a. M. Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 36.

einseitigen Verträgen beruhen darf. Eine Verbindlichkeit aus einem zweiseitigen Vertrage ist nicht neuerungsfähig. Eine Ausschließung solcher Verbindlichkeiten, die auf Realverträgen beruhen, ist nicht anzuerkennen.

§ 12. Die Beschränkung auf dieselben Personen.

In § 1376 ABGB findet sich die Bestimmung, daß eine Neuerung nur dann vorliege, wenn dieselbe ohne Hinzukunft einer dritten Person stattfindet. D. h. die neue Verbindlichkeit muß zwischen denselben Personen begründet werden, zwischen denen die alte bestand. Demnach enthält ein Neuerungsvertrag, der gleichzeitig mit einem Schuldner- oder Gläubigerwechsel abgeschlossen wird, ein Mehr. In diesem Falle trifft mit der Neuerung eine Abtretung oder eine Schuldübernahme zusammen [128]).

Was die Abtretung anbetrifft, so sind in solchem Fall ihre Vorschriften zusammen mit den Vorschriften über den Neuerungsvertrag anzuwenden.

Eine gleichzeitige Anwendung der Bestimmungen von Neuerung und Schuldübernahme wird jedoch durch § 1410 ABGB ausgeschlossen, hiernach kommen allein die Vorschriften über den Neuerungsvertrag zur Anwendung. Durch diese Bestimmung wird die Beschränkung auf dieselben Personen, die § 1376 ABGB verlangt, bei der Schuldübernahme praktisch wieder aufgehoben. Diese Ausnahmevorschrift ändert jedoch nichts an dem Grundsatz, daß die Neuerung in reiner Form nur zwischen denselben Personen vorgenommen werden kann.

Dem reichsdeutschen Recht ist eine Beschränkung auf dieselben Personen bei dem Umschaffungsvertrag nicht bekannt. Es läßt sich jedoch meines Erachtens nicht verkennen, daß mit der Ausbildung der Zession und der Schuldübernahme jede sogenannte Novation mit Personenwechsel in Wahrheit die Zusammensetzung zweier an sich selbständiger Rechtsgeschäfte darstellt. Diese Erkenntnis mag dem österreichischen Gesetzgebern vorgeschwebt haben. Die spätere gemeinrechtliche Wissenschaft hat sich in weitem Umfange zu ihr bekannt [129]).

Es liegt kein Anlaß vor, für das reichsdeutsche Recht von dieser meines Erachtens richtigen Auffassung abzuweichen. —

Es ergibt sich demnach, daß in der Frage der Beschränkung auf dieselben Personen beide Rechte übereinstimmen. Es ist dies eine Folge, die mit der Ausbildung der Zession und der

---

128) Klang, (Wolff) Komm. IV § 1377, Anm. I, S. 268.

129) v. Salpius, Novation u. Delegation, S. 20 ff. insbes. S. 25. Salkowski, Z. Lehre v. d. Novation, S. 105 ff. insbes. S. 108 unten. Windscheid-Kipp, Pandekt. II, § 353 Note 9. v. Blume, Novation, Delegation u. Schuldübertragung S. 3. Witte i. krit. VierteljSchr. Bd. 8, S. 345 f.

Schuldübernahme notwendig eintreten mußte. Die Bestimmungen des österreichischen Rechtes bringen hier etwas zum Ausdruck, was nach dem späteren Stande der Wissenschaft allgemein anerkannt wurde, und im heutigen reichsdeutschen Recht ebenfalls anzuerkennen ist.

2. Der animus novandi.

§ 13. Allgemein.

Verfolgt man die historische Entwicklung der römisch-rechtlichen novatio über das gemeine Recht hinweg bis zu den landesrechtlichen Kodifikationen, so läßt sich feststellen, daß das Gebiet des animus novandi stets ein stark umstrittenes war. Während das vorjustinianische Recht sich über die Notwendigkeit seines Vorhandenseins gar nicht klar war, wurde im gemeinen Recht auf Grund der Quellenstellen diese Notwendigkeit anerkannt, jedoch war es bestritten, wie die auf die Novation gerichtete Absicht erklärt sein müsse [130]).

Dies war der Zustand, den die Gesetzgeber des ABGB vorfanden. Sie entzogen sich einer Stellungnahme zu diesen Streitfragen scheinbar dadurch, daß sie den animus novandi im Gesetz überhaupt nicht erwähnten. Diese Tatsache läßt die Vermutung aufkommen, daß das österreichische Recht auf das Erfordernis eines Neuerungswillens bei den Parteien überhaupt gänzlich verzichtet.

In der Tat ist diese Auffassung auch vertreten worden. Hruza [131]) steht auf dem Standpunkt, daß bei der Lebhaftigkeit, mit der damals über den animus novandi gestritten wurde, den Schöpfern des ABGB dieses Moment bei der Kodifikation der Neuerung keinesfalls entgangen sein kann. Dieser Umstand deutet darauf hin, daß man auf das Erfordernis der Neuerungsabsicht im österreichischen Recht ausdrücklich verzichtet hätte. Zur Bestärkung dieser Ansicht führt Hruza noch an, daß sowohl der Codex Theresianus wie der Hortensche Entwurf zur rechtlichen Wirksamkeit des Neuerungsvertrages stets den animus novandi forderten, während schon das westgalizische Gesetzbuch und schließlich auch das ABGB davon gänzlich absahen.

Die Schlüsse aus dieser Lehre sind folgende. Die neuernde Kraft tritt nicht auf Grund des Parteiwillens sondern kraft Gesetzes ein, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Einer darauf gerichteten Erklärung oder einer Kundgebung der darauf gerichteten Absicht bedarf es nicht. Es ist vielmehr umgekehrt erforderlich, den Parteiwillen zu erklären, wenn die neuernde Wirkung ausbleiben soll, trotzdem die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

---

130) Windscheid-Kipp, Pandekt. II § 354, Note 5, S. 515.
131) Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 22 ff.

Diese Lehre Hruzas ist mit Recht auf das entschiedenste angegriffen worden [132]). Zunächst erscheint die Folgerung, daß eine Neuerung auch dann eintrete, wenn sich der gegenteilige Wille der Parteien nicht erkennen lasse, geradezu unerträglich. Die rechtlichen Folgen der Neuerung sind, wie später zu zeigen sein wird, für beide Parteien derart tiefgreifend, daß der Eintritt dieser Folgen ohne den Willen der Parteien einen gewaltigen Rückschritt in der Richtung auf das streng formale altrömische Recht bedeuten würde.

Aber auch in der Sache selbst erweist sich die Begründung, die Hruza für seine Lehre gibt, als falsch. Eine Meinungsänderung ist in Bezug auf den animus novandi bei den Gesetzgebern keineswegs eingetreten. In versteckter Form stellt das westgalizische GB, vor allem aber das ABGB das Erfordernis der Neuerungsabsicht genau so auf, wie die älteren Entwürfe.

Dies ergibt sich zunächst aus der allgemein gehaltenen Vorschrift des § 1375 ABGB, der ausspricht, daß die Umänderung der Rechte und Pflichten, wie sie im folgenden näher geregelt ist, vom Willen der Parteien abhängen. Ferner ist aber im Gegensatz zu Hruza anzunehmen, daß § 1379 letzter Satz das Erfordernis des animus novandi ausspricht. Wenn das Gesetz hier sagt, daß die alte Verbindlichkeit im Zweifel nicht für aufgelöst gehalten wird, so lange sie mit der neuen wohl bestehen kann, so zeigt sich hierin die Tendenz, das Bestehende nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten, falls der Parteiwille oder die äußeren Umstände nicht etwas anderes zweifelsfrei erkennen lassen.

Diese Vorschrift würde aber, wollte man mit Hruza das Erfordernis des animus non novandi wirklich anerkennen, eine Vermutung für das Vorliegen eines solchen animus non novandi in Zweifelsfällen aussprechen. Dieser müßte also stets dann angenommen werden, sobald nur die geringsten Anzeichen auf ihn hindeuten würden. Dies ist aber auch der Fall, wenn kein animus novandi nachzuweisen ist.

Es zeigt sich also, daß § 1379 ABGB zwangsläufig zum Erfordernis eines Neuerungswillens führt. Das Erfordernis eines negativen Willens, der im Zweifel anzunehmen ist, stellt nichts anderes dar, als das Erfordernis eines positiven Willens, der im Zweifel nicht anzunehmen ist.

Das österreichische Recht stellt demnach in seinem Gesetz neben die Begründung einer neuen Verbindlichkeit als zweites Erfordernis eines Neuerungsvertrages das Vorhandensein eines Neuerungswillens. —

---

132) Unger i. Grünh. Z. Bd. 15, S. 559 Note 13. Strohal ebenda, Bd. 10, S. 415. Krasnopolski i. krit. Viertelj.Schr. Bd. 25, S. 22 f.

Dafür, daß dieser Neuerungswille etwa ausdrücklich erklärt werden müsse, spricht im Gesetz nichts. Der Wille muß vielmehr nur vorhanden sein. Wie das Vorhandensein dieses Willens festzustellen ist, wird sofort näher erörtert werden. —

Das reichsdeutsche Recht ist, was das Erfordernis des animus novandi betrifft, bei dem Mangel jedweder gesetzlichen Vorschrift über die Umschaffung darauf angewiesen, diese Frage nach den Gesetzesregeln zu lösen, die allgemein für alle Verträge gelten. Der Vertrag ist nach heutigem Recht die Verknüpfung mehrerer wechselseitiger, sich entsprechender Willenserklärungen [133]). Die eintretenden Rechtsfolgen sind demnach grundsätzlich nur die Folgen eines darauf gerichteten Parteiwillens. In den Fällen, in denen das Gesetz an bestimmte Tatbestände Rechtsfolgen knüpft, ohne daß die eine oder andere Partei diese Rechtsfolgen will, liegt immer ein Ausnahmefall vor, der stets einer besonderen gesetzlichen Anordnung bedarf.

Für den Umschaffungsvertrag findet sich im DBGB eine solche Vorschrift nicht. Die Folgen eines solchen Vertrages treten also nur dann ein, wenn es sich ergibt, daß der Parteiwille entschieden darauf hingerichtet ist.

Dafür, daß der animus novandi im reichsdeutschen Recht etwa ausdrücklich erklärt werden müsse, spricht nichts. Im Gegenteil. Die §§ 133, 157 DBGB verlangen, daß in Zweifelsfällen alles getan wird, diesen Zweifel durch Erforschung des wahren Willens unter Berücksichtigung aller äußeren Umstände zu beseitigen. Es kommt stets darauf an, daß der Umschaffungwille erkennbar vorhanden ist. Ob er ausdrücklich, stillschweigend oder gar durch schlüssige Handlungen zum Ausdruck kommt, ist dabei gänzlich gleichgiltig. —

Im einzelnen Fall wird es allerdings gerade bei einem Rechtsgebilde wie der Novation sehr schwer sein, den animus novandi bei den Parteien festzustellen. Dies hängt mit der juristisch verwickelten, für den Laien fast unverständlichen Rechtswirkung des Geschäftes zusammen. Es wird sich selten finden, daß ein Neuerungsvertrag bzw. Umschaffungsvertrag unter direkter Bezugnahme auf diese Vertragsart abgeschlossen wird. Dies wäre eigentlich nur dem Juristen möglich. Gewöhnlich werden von den Parteien lediglich die Tatbestände festgesetzt, die einzelnen Rechtsfolgen abgemacht. Hier muß die Nachforschung einsetzen, was die Parteien gewollt haben, was sie dem Zweck und den äußeren Umständen nach gewollt haben müssen.

Aus der Tendenz bestehendes nur dann aufzuheben, wenn der Parteiwille eindeutig darauf hingerichtet ist, stellt sowohl das österreichische wie das reichsdeutsche Recht die Aus-

---

[133]) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil S. 496.

legungsregel auf: In Zweifelsfällen, d. h. in Fällen, in denen der animus novandi der Parteien nicht eindeutig aus den Erklärungen oder den Umständen hervorgeht, hebt die Begründung der neuen Verbindlichkeit die alte Schuld nicht auf, sondern die neue Verbindlichkeit tritt neben die alte Schuld, § 1379 ABGB, § 364 Abs. 2 DBGB.

Unter diesem Gesichtspunkt muß stets die Frage nach dem Vorliegen des animus novandi entschieden werden.

Für eine Reihe von Fällen ergeben sich im Hinblick auf diese Auslegungsregel gewisse Schwierigkeiten, die aus der Rechtsnatur der betreffenden Rechtsgeschäfte folgen. —

Hierbei sind drei Gruppen zu unterscheiden. Einmal handelt es sich um solche Fälle, in denen die Auslegungsregel des § 1379 ABGB, § 364 Abs. 2 DBGB deshalb nicht zur Anwendung kommt, weil aus der Natur der betreffenden Rechtsgeschäfte im Zweifel auf das Vorliegen, nicht auf das Nichtvorliegen des Neuerungswillens zu schließen ist. Ferner gibt es Fälle, in denen die Annahme einer Neuerung und damit eines Neuerungswillens eine begriffliche Notwendigkeit ist. Schließlich gehören hierzu die Rechtsgeschäfte, bei denen das Gesetz ausdrücklich den Neuerungscharakter ohne Rücksicht auf das Vorliegen eines Neuerungswillens ausspricht.

b) Vorliegen des animus novandi in Zweifelsfällen.

§ 14. Die Wechsel- und Scheckhingabe.

Die Besonderheit der Wechselverbindlichkeit [134]) besteht darin, daß ihre Übertragung durch Indossierung des Papiers im Verkehr bedeutend leichter und einfacher ist, als bei jeder gewöhnlichen Verbindlichkeit. Ferner hat sie den Vorteil, daß bei Nichtzahlung der Wechselschuld diese in einem besonders abgekürzten Verfahren im Klagewege geltend gemacht werden kann.

Diese Eigenschaft, erleichterte Umlaufsfähigkeit und wirksamere Klagemöglichkeit, führten dazu, daß man die Wechselhingabe so auffaßte, daß der Gläubiger mit der Annahme des Wechsels seinen Willen kundgab, eine weniger günstige Stellung mit einer günstigeren zu vertauschen. In Zweifelsfällen nahm man also an, daß mit der Wechselhingabe die zugrunde liegende Kausalforderung getilgt werden sollte. Dies ist die herrschende Meinung in der älteren Wissenschaft, die in der Wechselhingabe entweder effektive Zahlung [135]) erblickte oder

---

134) Österreichisches u. reichsdeutsches Wechselrecht stimmen im wesentlichen völlig überein, denn beide Wechselrechte gehen auf die Allgemeine Deutsche Wechselordnung von 1848 zurück.

135) Einert, Das Wechselrecht nach dem Bedürfnis des Wechselgeschäftes im 19. Jahrhundert, 1839 S. 51 f. betrachtet den Wechsel als das Papiergeld der Kaufleute.

doch wenigtsens eine Leistung an Erfüllungsstatt, also eine Novation [136]). Auch die ältere österreichische höchstrichterliche Rechtsprechung teilte diese Ansicht [137]). Nur in den Fällen, in denen die äußeren Umstände dagegen sprachen, daß nach dem Parteiwillen in der Wechselhingabe eine Leistung an Erfüllungsstatt liegen konnte, nahm man an, daß die Wechselverbindlichkeit nicht animo novandi begründet worden war und daher nur neben die zugrundeliegende Verbindlichkeit trat.

Dies war der Fall, wenn die Kausalverbindlichkeit dinglich gesichert war [138]), wenn der Wechsel nur zur Sicherung einer Darlehensforderung ausgestellt war [139]) oder die Gegenpartei ihre Verpflichtungen aus dem Grundgeschäft noch nicht vollkommen erfüllt hat [140]).

Die ältere reichsdeutsche Rechtsprechung [141]) trat dieser Auffassung mit Recht entgegen und folgte damit der sich mehr und mehr durchsetzenden Lehre, daß die Eigenart des Wechsels eine Sonderbehandlung in Bezug auf die Vermutung des animus novandi nicht rechtfertige. Man ging sehr richtig von dem Standpunkt aus, daß der Ewrerb der Wechselforderung meist Vorteile für den Gläubiger bringen wird. Es wäre aber nicht ohne weiteres selbstverständlich, daß derselbe mit der Wechselannahme die alte Verbindlichkeit stets aufgeben wolle. Im Gegenteil. Die Tendenz des Gesetzes, im Zweifel die Verbindlichkeit aufrecht zu erhalten, wird durch die Eigenart des Wechsels in keiner Weise berührt, da hierzu gar kein Grund vorliege.

Diese Auffassung hat das Reichsgericht [142]) unverändert bis heute beibehalten, und auch der österreichische Oberste Gerichtshof [143]) steht in neuerer Zeit eindeutig auf diesem Standpunkt und hat damit seine frühere Auffassung aufgegeben.

---

136) Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, 1857, S. 170. Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt, 1860, S. 107. Loewy i. Gruchots Beitr. Bd. 6, S. 176 f. u. a. m.

137) Oberst.Ger.Hof i. Glaser-Unger, Bd. 3 Nr. 1311; Bd. 6 Nr. 2839; Bd. 6 Nr. 2919; Bd. 23 Nr. 10 390; Bd. 23 Nr. 10 866; Bd. 24 Nr. 10 887; Bd. 30 Nr. 14 162.

138) Ob.Ger.Hof i. Glaser-Unger, Bd. 6 Nr. 3146.

139) Ob.Ger.Hof ebenda Bd. 20, Nr. 8973.

140) Ob.Ger.Hof ebenda, Bd. 27, Nr. 12 563.

141) ROHG Bd. 4, S. 365; Bd. 5, S. 253; Bd. 7, S. 43; Bd. 10, S. 48; RGZ Bd. 31, S. 110; Bd. 35, S. 196.

142) RG i. Seuff.Arch. Bd. 65, S. 143 f. RG i. Gruchots Beitr. Bd. 56, S. 102 u. a. m.

143) Ob.Ger.Hof i. Glaser-Unger, Bd. 23, Nr. 10 789; Bd. 27, Nr. 12 563; Bd. 28, Nr. 13 101; Bd. 29, Nr. 13 768; Bd. 30, Nr. 14 162; Bd. 32, Nr. 15 141; Bd. 34, Nr. 15 876; Bd. 35, Nr. 179; Bd. 36, Nr. 754 u. a. m.

Aber auch die österreichische [144]) und reichsdeutsche [145]) Wissenschaft steht heute ausnahmslos auf dem Standpunkt, daß die Wechselhingabe im Zweifel nur als Hingabe erfüllungshalber zu gelten hat. Der animus novandi wird nicht vermutet sondern muß ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung [146]) unter Berücksichtigung aller äußeren Umstände erkennbar in Erscheinung treten.

Es ist dabei nicht an den von den Parteien gewählten Ausdrücken zu kleben. Eine Abmachung, daß der Wechsel „zur Tilgung" der alten Verbindlichkeit gegeben wird, hat nicht ohne weiteres Neuerung zur Folge, da diese Ausdrucksweise mehrdeutig ist. Es spricht z. B. gegen die Neuerungsabsicht die dem Wechselgläubiger bekannte Armut des Schuldners, wenn die Kausalforderung genügend gesichert ist [147]). Bei Hingabe eines Prolongationswechsels liegt keine Neuerung der prolongierten Wechselverbindlichkeit vor, wenn der alte Wechsel noch förmlich protestiert wurde, trotzdem der neue Wechsel schon ausgestellt worden war [148]). Dagegen spricht in diesem Falle die Tatsache, daß der alte Wechsel dem Schuldner zurückgegeben oder vernichtet wurde, entschieden für den animus novandi, da damit eine Geltendmachung der alten Wechselforderung infolge Verlust des konstitutiven Papiers ausgeschlossen ist [149]).

Immer ist die Frage nach dem Vorliegen des animus novandi auch hier unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage nach den Grundsätzen der §§ 1379 ABGB, 364 Abs. 2 DBGB zu entscheiden. —

Bei der Hingabe eines Schecks zur Begleichung einer Schuld können dieselben Probleme auftreten.

Das österreichische Recht umgeht derartige Zweifelsfälle durch die Vorschrift des § 19 öster. Scheckgesetz. Dieser bestimmt, daß der Scheckinhaber bei Nichteinlösung des Schecks die Wahl zwischen Scheckregreß und der Geltendmachung der Forderung aus dem der Scheckhingabe zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zusteht. Abweichende Vereinbarungen sind zulässig. Damit spricht § 19 aus, daß die Begründung der Scheckforderung im Zweifel keine Neuerungsabsicht enthält. Er regelt also die Scheckhingabe in derselben Weise, in der § 1379 ABGB jede Forderungsbegründung allgemein regelt.

---

144) Hasenöhrl, Obl.Recht II, § 96, S. 531. Krasnopolski-Kafka, Obl.-Recht, S. 251. Ehrenzweig, Schuldverhältnisse, S. 326. Klang (Wolff) Komm. IV, S. 274. Eisner i. Grünh. Z. 39, S. 541 Note 44 u. a. m.

145) Staudinger (Kober) Schuldverhältnisse I. Einl. vor § 362 Anm. E I 1, S. 649. Adler i. Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 64, S. 155 u. v. a. m.

146) Adler a. a. O. fordert ausdrückliche Erklärung, allerdings ohne seine Ansicht näher darzulegen.

147) ROHG Bd. 10, S. 48.

148) Klang (Weiß) Komm. IV, § 1414 Anm. IV, S. 384. RG i. Das Recht 1909, Nr. 1759.

149) Adler a. a. O. Bd. 64, S. 156.

Das reichsdeutsche Recht enthält eine Vorschrift, die der des § 19 öster. Scheckgesetz entspricht, nicht, die Bestimmung des § 364 Abs. 2 DBGB ist jedoch völlig ausreichend. Eine Veranlassung, den Scheck aus ähnlichen Gründen abweichend behandeln zu wollen, wie dies die ältere Wissenschaft mit dem Wechsel getan hat, liegt nach dem Verkehrsbedürfnis nicht vor.

Wer einen Scheck annimmt, tut dies gewöhnlich nur unter der Bedingung, daß der Scheck eingelöst wird [150]). Die Hingabe des Schecks ist also im Zweifel nicht Zahlung, auch nicht Leistung an Zahlungsstatt sondern ein Zahlungsversuch [151]).

Eine Ausnahmestellung nimmt unter den Schecks der sogenannte bestätigte Reichsbankscheck ein. Dieser wird besonders in kaufmännischen Kreisen dem Bargeld gleichgesetzt [152]). Allerdings ist es in solchen Fällen bedenklich, die wirtschaftliche Zahlungsfunktion rechtlich effektiver Zahlung gleichzusetzen [153]). Hier liegt meines Erachtens eine Leistung an Zahlungsstatt vor, und zwar wird dem Gläubiger die Scheckforderung nach dem Verkehrsgebrauch animo novandi übertragen. —

Österreichisches und reichsdeutsches Recht stimmen also auch hinsichtlich der Hingabe des Schecks darin überein, daß es sich hier in Zweifelsfällen auch nur um eine Hingabe erfüllungshalber handelt. Um etwaigen Streitfällen zu entgehen, hat das österreichische Recht diesen Grundsatz nochmals ausdrücklich im Gesetz festgelegt, während das reichsdeutsche Recht mit der Auslegungsregel des § 364 Abs. 2 DBGB auskommt. —

§ 15. Das Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung.

Regelsberger [154]) lehrt, daß das Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung nach dem Willen der Parteien in Zweifelsfällen neuernde Wirkung hat. Der Ansicht Regelsbergers schließt sich gegen die herrschende Meinung Kober [155]) an. Die Genannten begründen ihre Ansicht damit, daß Zweck der Abrechnung ist, klare Verhältnisse zwischen den Parteien zu schaffen. Um diese zu erreichen, ist es erforderlich, den in der Abrechnung errechneten Saldo auf eine selbständige Rechtsgrundlage zu stellen und die in der laufenden Rechnung befindlichen Einzelposten durch Neuerung zum Untergang zu

---

150) OLG Braunschweig i. Rspr. OLG 33, S. 279. RG i. Seuff.Arch. Bd. 80, S. 173. Isele i. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 129, S. 157.

151) Lessing, Scheckgesetz, S. 79. RG i. Jurist.Wschr. 1926, S. 2074. RG i. Seuff.Arch., Bd. 80, S. 173.

152) Isele i. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 129, S. 165 ff.

153) so aber Isele a. a. O., S. 167.

154) Regelsberger i. Iherings Jahrb., Bd. 46, S. 1 ff.

155) Staudinger (Kober), Schuldverhältnisse 3. Teil § 782 Adm. I 2 c.

bringen. Aus diesem Grunde ist im Zweifel anzunehmen, daß die Parteien bei der Anerkennung des Saldos den Neuerungswillen haben.

Wie bemerkt, folgt dieser Lehre die Rechtsprechung und Wissenschaft nicht. Im österreichischen Recht hat sich, soweit ersichtlich, kein Verteidiger der Lehre Regelsbergers gefunden. Meines Erachtens zu Recht.

Es ist nicht in Frage zu stellen, daß die Abrechnung wohl den Zweck hat, Klarheit zwischen den Parteien zu schaffen. Diese wird aber erreicht durch eine Aufrechnung, die durch die Abrechnung vollzogen wird. Eine zwingende Notwendigkeit, das Ergebnis dieser Abrechnung auf einen neuen Rechtsgrund zu stellen, läßt sich nicht erkennen. Jedenfalls kann das Anerkenntnis sehr wohl neben die restlichen Einzelforderungen treten. Österreichisches und reichsdeutsches Recht stimmen hierin überein, da das verkehrsmäßige Bedürfnis einer Neuerun sich weder hier noch dort feststellen läßt. —

c) Vorliegen des animus novendi als Begriffsnotwendigkeit.

§ 16. Bei der Umschaffung in eine Verbindlichkeit aus kausalem Realvertrag.

§ 1379 ABGB letzter Satz enthält die Vorschrift, daß im Zweifel die alte Verbindlichkeit nicht für aufgelöst gehalten wird, so lange sie mit der neuen noch wohl bestehen kann. Diese Bestimmung sagt also umgekehrt: kann die alte Verbindlichkeit mit der neuen zusammen nicht bestehen, so wird die alte Verbindlichkeit durch die Begründung der neuen auf jeden Fall aufgelöst. In diesen Fällen tritt also die Wirkung des Neuerungsvertrages auch dann ein, wenn ein Neuerungswille nicht ausdrücklich festgestellt werden kann. In diesen Fällen ist das Vorliegen einer Neuerung und damit des animus novandi eine Begriffsnotwendigkeit. Ein entgegengesetzter Wille der Parteien steht dem Entstehen der neuen Verbindlichkeit in solchen Fällen im Wege.

Dem reichsdeutschen Recht ist eine ausdrückliche Vorschrift, die dem § 1379 ABGB entspricht, nicht bekannt. Dennoch ist auch hier derselbe Grundsatz anzuerkennen. Die Begründung einer neuen Verbindlichkeit, deren Bestehen neben der alten nicht möglich ist, muß notwendigerweise zur Aufhebung der alten Verbindlichkeit führen.

Ein häufiger Anwendungsfall dieses Prinzips findet sich dann, wenn eine Verbindlichkeit durch einen kausalen Neuerungsvertrag in eine andere umgeschaffen wird, die ihre causa obligationis in einem Rechtsgeschäft hat, das nach heutigem österreichischem und reichsdeutschem Recht als sogenannter Realvertrag anzusprechen ist. Wie wir früher gesehen haben, liegt das reale Element in solchen Fällen in einer brevi manu traditio. Eine solche ist nur denkbar, wenn zugleich die Auf-

hebung der alten Verbindlichkeit durch eine Leistung des Vertragsgegenstandes und dessen Zurückleistung angenommen wird.

Folgender vom Reichsgericht [156]) entschiedene Fall veranschaulicht dies. Es war die Umschaffung einer verzinslichen Schuld in einen irregulären Verwahrungsvertrag vorgenommen worden. Die Parteien gaben zu, daß sowohl die frühere Schuld wie auch der irreguläre Verwahrungsvertrag mit der auf ihm beruhenden Forderung zustandegekommen war. Jedoch wurde von einer Seite das Vorliegen des animus novandi geleugnet. Das Reichsgericht entschied dahin, daß das Nebeneinanderbestehen der alten Verbindlichkeit und des irregulären Verwahrungsvertrages unvereinbar sei. Meines Erachtens mit Recht. Das reale Element des Verwahrungsvertrages, die Übergabe der geschuldeten Summe, kann in diesem Falle nur durch eine brevi manu traditio der auf Grund der alten Schuld geleisteten (oder besser zu leistenden, tatsächlich aber nicht geleisteten) Summe erklärt werden. Durch diese brevi manu traditio ist nun zwar das reale Element des Verwahrungsvertrages vorhanden, gleichzeitig ist darin aber eine Erfüllung der alten Schuld zu sehen, die also untergegangen sein muß. Behauptet man, die alte Schuld bestände fort, wie es in vorliegendem Falle die eine Partei tat, so leugnet sie damit zugleich, daß das reale Element der neuen Verbindlichkeit vorliege und damit das Entstehen der neuen Verbindlichkeit. Erkennt man aber an, daß die neue Verbindlichkeit entstanden ist, so gibt man damit begriffsmäßig zu, daß die neue Verbindlichkeit animo novandi geschaffen wurde. Mit der Schaffung der neuen Verbindlichkeit ist die Neuerungsabsicht also begriffsnotwendig verbunden [157]).

Dieses Ergebnis wird bedingt durch die Eigenart der sogenannten Realverträge, die sich gleichermaßen im österreichischen wie auch im reichsdeutschen Recht findet. Die Folge davon ist, daß das vorstehende Ergebnis in gleichem Maße für das österreichische wie für das reichsdeutsche Recht zutrifft. Es ist dies ein typischer Fall des § 1379 ABGB letzter Satz, für den ich einen Anwendungsfall in der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit den mir zustehenden Hilfsmitteln leider nicht ermitteln konnte. —

§ 17. Bei dem Saldoanerkenntnis im kaufmännischen Kontokorrent.

In § 15 wurde dargelegt, daß das Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung nicht notwendig mit Neuerungswillen vor-

---

[156]) RGZ Bd. 67, S. 264.

[157]) vergl. Komm. d. Reichsgerichtsräte Bd. 1 § 364 Anm. 2 S. 571. Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse 12. Bearb. § 75 IV 1 c. RGZ Bd. 62, S. 52.

genommen werden muß. Es ist im Zweifel vielmehr ein Fortbestehen der in die laufende Rechnung aufgenommenen Einzelposten anzunehmen.

Eine besondere Stellung nimmt unter den Rechnungsverhältnissen jedoch das kaufmännische Kontokorrent ein.

Das österreichische und ältere reichsdeutsche Recht, für die beide das ADHGB gilt, weist keine gesetzliche Begriffsbestimmung des Kontokorrents auf im Gegensatz zum heutigen reichsdeutschen Recht, das in § 355 DHGB eine solche enthält: „Eine Geschäftsverbindung derart, daß die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen werden . . .". Das ADHGB versteht unter Kontokorrent genau dasselbe. Der Begriff hat sich im kaufmännischen Gewohnheitsrecht ausgebildet und ist vom DHGB in der allgemein anerkannten Form übernommen worden [158]). In den hier wesentlichen Punkten stimmen also reichsdeutsches und österreichisches Recht überein.

Eine der wichtigsten Fragen des Kontokorrentrechtes ist die, ob im Kontokorrentverkehr begriffsnotwendig Neuerungen vorkommen.

Die soeben gezeigte gesetzliche Begriffsbestimmung sagt, daß die Einzelposten durch Verrechnung und Feststellung des Überschusses getilgt werden. Es ist hier bereits früher die Frage aufgetaucht, wodurch und wie diese Tilgung der Einzelposten vor sich geht. Vor allem aber beschäftigt sowohl Rechtsprechung wie Wissenschaft von jeher stark die Frage, ob in der Saldoerrechnung und der Saldoanerkennung, die ein neuer Verpflichtungsgrund ist, eine Umschaffung liegt, oder ob die neue Schuld nur neben die alten Forderungen tritt.

Das Recht des ADHGB, also insbesondere auch das österreichische Recht, hat in der Entscheidung dieser Frage geschwankt. Während früher die höchstrichterliche Rechtsprechung [159]) und die Wissenschaft [160]) die neuernde Wirkung des Saldoanerkenntnisses annahmen, machten sich später Gegenströmungen geltend, die bis heute noch nicht überwunden sind. Die Gründe, die gegen eine Neuerung angeführt werden, sind folgende.

Durch die Einsetzung der Verbindlichkeiten bzw. Forderungen in das Kontokorrent verlieren diese ihre Eigenschaft als selbständige Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, sie

---

158) Staub-Koenige, Komm. z. HGB III § 355 Einl. S. 326. vergl. auch ROHG Bd. 11, S. 143, RGZ Bd. 4, S. 18.

159) ROHG Bd. 2, S. 139; Bd. 9, S. 217; Bd. 11, S. 276. RGZ Bd. 10, S. 55.

160) Grünhut i. seiner Zeitschr. Bd. 3, S. 522. Hruza, Novation S. 91 f.

sinken vielmehr zu bloßen Rechnungsfaktoren herab. Als solche erfüllen sie aber nicht die notwendige Voraussetzung der Neuerung: Vorliegen einer Verbindlichkeit. Wo aber keine Schuld vorliegt, kann nicht geneuert werden [161]).

Diese Ansicht wurde später überwunden. Wenn die selbständige Geltendmachung eines Rechtes vertraglich ausgeschlossen wird, wie dies beim Kontokorrent der Fall ist, so ist damit noch nicht der Untergang oder die Degradierung des Rechts zu einem Rechnungsposten verbunden.

Heute wird als Hauptgrund gegen die Annahme einer Neuerung der Umstand geltend gemacht, daß die Folgen derselben im Verkehr unerträglich seien. § 1378 ABGB bestimmt, daß die Sicherungen mit der Neuerung erlöschen. Das Kontokorrent würde unter diesen Umständen nicht eine förderliche sondern eine verkehrshemmende Einrichtung darstellen, da ein Wegfall der Sicherungen gerade im kaufmännischen Verkehr eine für die Parteien nachteilige und zumeist unerwünschte Folge wäre. Dieser Grund ist ausschlaggebend dafür, daß bis heute im österreichischen Recht der Neuerungscharakter des Kontokorrent vielfach bestritten wird [162]).

Das reichsdeutsche Recht hat durch die Vorschrift des § 356 DHGB die Bedenken ausgeschaltet, die im Geltungsgebiet des ADHGB zur Ablehnung der Umschaffung führten und führen. Indessen ist der Streit dadurch noch keineswegs behoben worden. Die Gegner der umschaffenden Wirkung [163]) sehen in dieser Vorschrift geradezu die gesetzliche Bestätigung ihrer Ansicht, während die Gegenmeinung behauptet, daß Gesetz stelle hier eine Ausnahmevorschrift auf, da diese Bestimmung sonst überflüssig wäre.

Es ist immer mißlich, in solchen Gesetzesvorschriften für die Richtigkeit seiner Ansicht einen Beweis zu suchen, da sie jeder Theorie recht geben [164]). Die Beweisführung muß notwendigerweise noch andere Gründe suchen. An solchen Gründen führen die Gegner der umschaffenden Wirkung beim Kontokorrent an, die Vorschrift des § 356 DHGB lasse sich — ihren Ausnahmecharakter zugegeben — überhaupt nicht mit einer Umschaffung vereinbaren.

Diese Einwendungen sind nicht einfach abzutun, denn es handelt sich hier nicht nur um eine rein formalistische Durch-

---

161) ROHC Bd. 16, S. 305. RGZ Bd. 18, S. 248; Bd. 22, S. 149; Bd. 28, S. 36 f.; Bd. 44, S. 388.

162) Hasenöhrl, Obl.R. II, S. 529. Pisko, Lehrb. d. Handelsrecht, S. 167.

163) Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse 11. Bearb. § 75 III A 5, S. 256 b. Note 19. Klein, Vertragliche Änderung d. Inhalts eines Schuldverhältnisses, S. 18. Kremer i. Grünh. Z., Bd. 37, S. 237 f.

164) Ein gleichlaufender Fall findet sich z. B. in § 4 Jug.Ger.Ges. bei Entscheidung d. Streitfrage, ob in der Jugendlichkeit ein Schuld- oder Strafausschließungsgrund liege.

führung einer Konstruktion, sondern um die Erklärung des inneren Wesens des Kontokorrents. Es lassen sich aber die von den Umschaffungsgegnern als Beweis für ihre Ansicht angeführten Eigenschaften des Kontokorrents sehr wohl mit der Annahme einer Umschaffung vereinbaren. Ich will hier im Ergebnis vorgreifen und bemerken, daß unter gewissen Voraussetzungen eine Forthaftung der Sicherheiten möglich ist. Sie beruht auf einem hierauf besonders gerichteten Willen der beteiligten Personen, bei gesetzlichem Pfandrecht auf dem Willen des Gesetzes [165]).

Unter diesen Umständen sind die Bedenken, die der umschaffenden Wirkung des Kontokorrents entgegenstehen, sowohl im österreichischen wie im reichsdeutschen Recht unberechtigt. —

Dagegen spricht in beiden Rechten die Natur des Kontokorrents zwingend für die Annahme einer Umschaffung. Der Kontokorrentvertrag ist meiner Auffassung nach als ein besonders gearteter Aufrechnungsvertrag [166]) anzusehen. Die Geltendmachung der Einzelforderungen ist nur durch Aufrechnung, und zwar nur bei der Abrechnung zulässig. Hier stehen sämtliche Einzelforderungen völlig gleichberechtigt nebeneinander, so daß eine bestimmte Reihenfolge, in der die Posten getilgt werden, nicht vorhanden ist. Die Aufrechnung erfolgt vielmehr verhältnismäßig, so daß die völlige Tilgung einzelner Posten ausgeschlossen ist. Derartig verhältnismäßig zum Teil getilgte Posten können aber nicht weiter die Grundlage von Ansprüchen bilden, wenn nicht die Übersichtlichkeit des Kontokorrentverkehrs dadurch in unglaubliche Verwirrung gebracht werden soll. Theoretisch würden die Einzelposten während der Dauer des Kontokorrents sonst nie erlöschen, sondern immer kleiner werden, so daß sie schließlich einen winzigen Bruchteil dessen ausmachen, was sie früher waren. Die Einreden gegen die so unendlich klein gewordenen Einzelforderungen würden aber bestehen bleiben und in einem Verfahren unter Umständen geltend gemacht werden können.

Hier kann Ordnung und klare Übersicht anders als bei der Abrechnung einer einfachen offenen Rechnung nur die Annahme einer Umschaffung aller verhältnismäßig durch Aufrechnung verkleinerter Forderungen in eine einzige neue Forderung, den Saldo, schaffen.

Die Aufrechnung und Umschaffung liegt in der Saldierung und Anerkennung des Saldos. —

Mit dieser Auffassung zeigt sich einmal die Notwendigkeit einer Annahme der Umschaffung beim Kontokorrent überhaupt.

---

165) Vergl. die näheren Ausführungen unter S. 66.

166) Vergl. zum folgenden besonders Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB IV, § 355, Anm. 39, S. 648 f.

Ferner wird damit auch der Zeitpunkt der Umschaffung festgelegt. Über den letzteren besteht bei denen, die für die Annahme einer Umschaffung sind, durchaus keine Einigkeit.

Man glaubt, schon die Einsetzung der Einzelposten in das Kontokorrent führe eine Umschaffung herbei [167]), andere sehen diese in der Addierung der Einzelposten zum Zwecke der Saldierung [168]), während wieder andere in dem Vortrag des anerkannten Saldos die Umschaffung sehen [169]). Alle diese Ansichten werden aber dem oben dargelegten Wesen des Kontokorrents nicht gerecht, oder sie erreichen das Ziel auf einem Umweg — wie Regelsberger —, indem sie statt direkt aufzurechnen, ganz unnötigerweise Summenforderungen bilden.

Die vorstehende Betrachtung ergibt, daß beim Kontokorrent in der Anerkennung des Saldos notwendigerweise stets eine Umschaffung liegen muß. Abweichende Vereinbarungen der Parteien würden dem Rechnungsgeschäft das Wesen eines Kontokorrentvertrages nehmen.

Die völlige Übereinstimmung von österreichischem und reichsdeutschem Recht in diesem Ergebnis hat seine Ursache darin, daß der Kontokorrentbegriff in beiden Rechten ein völlig gleicher ist. Dies ist bei der gewohnheitsrechtlichen Entwicklung dieses Begriffes in Handelskreisen eine Selbstverständlichkeit, da hier politische Grenzen keine Schranken für die Entwicklung eines Rechtsgebildes darstellen. Die scheinbar auftretenden Abweichungen gehen auf die verschiedenartige gesetzliche Regelung des Kontokorrents im ADHGB und DHGB zurück. Es hat sich aber gezeigt, daß diese Verschiedenartigkeiten nur äußerlicher Natur sind und an dem Wesen des Kontokorrents keine Änderung hervorrufen. —

d) Neuerungscharakter eines Vertrages ohne Rücksicht auf den animus novandi durch gesetzliche Vorschrift.

§ 18. Der Vergleich.

§ 1380 ABGB erklärt den Vergleich für einen Neuerungsvertrag. Es ist hier die Frage zu stellen, ob das Gesetz mit dieser Bestimmung der juristischen Natur des Vergleichs gerecht wird.

Das Wesen des Vergleichs besteht darin, daß zwei Parteien einen Vertrag des Inhalts schließen, daß ein Streit oder die Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (§§ 1380 ABGB, 779 DBGB). Zur Erreichung dieses Zieles sind zwei Möglichkeiten denkbar

---

167) so das französische Recht, vergl. Kremer i. Grünh. Z., Bd. 37, S. 159.

168) Regelsberger i. Iherings. Jahrb. Bd. 46, S. 11 f. Klingmüller i. Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 58, S. 168.

169) OLG Jena i. Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 35, S. 259 f.

1. Auf Grund des Vergleichsvertrages wird eine neue unbestrittene und gewisse Forderung begründet, die neben die alte ungewisse Forderung tritt, die Geltendmachung der letzteren aber ausschließt. Hierin ist eine Neuerung nicht zu erblicken. Es handelt sich vielmehr um eine Forderungsbegründung erfüllungshalber.

2. Es kann auch die neue Vergleichsforderung unter völliger Aufhebung der alten Verbindlichkeit an deren Stelle treten, es findet also eine Umschaffung statt [170]).

Es kann nun zweifelhaft sein, welcher der beiden Fälle anzunehmen ist.

Wie bereits zu Beginn dieses Paragraphen bemerkt wurde, gilt für das österreichische Recht folgendes. § 1380 ABGB spricht ausdrücklich aus, daß der Vergleichsvertrag im Sinne dieses Gesetzes als ein Neuerungsvertrag anzusehen ist. Das österreichische Recht entscheidet sich also für die an letzter Stelle genannte Möglichkeit.

Man [171]) hat mit Recht darauf hingewiesen, daß sich das österreichische Recht mit dieser gesetzlichen Regelung in

---

[170]) Schnorr von Carolsfeld, Beiträge z. Lehre vom Vergleich (Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts) S. 67, Note 234, S. 82 f. bezweifelt, daß in dem an zweiter Stelle genannten Falle eine Novation liege. Er führt aus, daß in diesem Falle nur ein Vergleich vorliegt, wenn der Erlaß der alten Verbindlichkeit und die Begründung der neuen Verbindlichkeit sich als Entgelt gegenüberstehen. Bei der Umschaffung ist Entgelt der neuen Verbindlichkeit aber nie die Aufhebung der alten Verbindlichkeit sondern die vertragliche Gegenforderung, die bisher der alten Verbindlichkeit gegenüberstand.

Es ist zwar zuzugeben, daß bei der Umschaffung die Aufhebung der alten Schuld nicht durch Erlaß als Entgelt für die Begründung der neuen Schuld stattfindet, sondern daß die alte Schuld „durch die Begründung" der neuen Schuld untergeht. Ich vermag aber hier keinen für den Vergleich wesentlichen Unterschied zu erblicken. Der neuen Vergleichsforderung steht doch in jedem Falle die alte Gegenleistung „als Entgelt" gegenüber, ob man Umschaffung annimmt oder nicht. Vor allem ist ein tatsächlicher Unterschied nicht vorhanden, wenn uno actu (Vergleich) eine Forderung erlassen und eine neue als Entgelt begründet wird, oder wenn uno actu (Novation) eine neue Forderung begründet wird, die die alte Forderung aufhebt. Warum sollte im zweiten Falle nicht ein Nachgeben angenommen werden können (vgl. Schnorr S. 83 am Ende von F.)? Außerdem erscheint es mir nicht denkbar, daß man die beiden Fälle in der Praxis voneinander wird scheiden können, da sie wirtschaftlich beide genau dasselbe sind. Auch in der rechtlichen Behandlung besteht kein Unterschied, die neue Verbindlichkeit hängt nicht von dem alten Schuldverhältnis irgendwie ab, sondern ist etwas ganz neues (vgl. Schnorr a. a. O. Seite 67 Mitte).

Es scheint hier ein ähnlicher Streit vorzuliegen, wie bei der Frage, ob die Begründung einer Verbindlichkeit novandi causa oder solvendi causa etwas verschiedenes sei. (Oben S. 8.)

Die deutsche Rechtsprechung hat einen solchen Unterschied jedenfalls niemals anerkannt. Vgl. RG i. Das Recht 1922 Nr. 1668. RG i. Das Recht 1925 Nr. 2417.

[171]) Risch, Die Lehre vom Vergleiche, 1855, S. 17 Note 6. Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 172.

Widerspruch zu der Lehre des gemeinen Rechts setzt und hiermit einen Weg geht, den früher und später kein anderes Recht beschritten hat. Das ist zuzugeben. Die Sprache des § 1380 ABGB ist jedoch zweifelsfrei und klar genug, um erkennen zu lassen, daß das Gesetz diesen Gegensatz zu anderen Rechten hinnehmen will. Dies bestätigt die Entstehungsgeschichte des § 1380. Die Gesetzgebungskommission wurde durch einen Hinweis der Wiener juristischen Fakultät darauf aufmerksam gemacht, daß in einem Vergleich nicht stets eine Neuerung liegen muß [172]). Zeiller erklärte darauf, daß „an die Stelle des vorigen zweifelhaften Rechts ein neuer Grund der Forderung tritt, nämlich der Vergleich." Mit dieser Entscheidung ist der Vergleichsbegriff des ABGB dahin festgelegt worden, daß die Vergleichsforderung die zweifelhafte alte Forderung stets ersetze.

Allerdings ist das Gesetz in der weiteren Regelung des Vergleiches nicht ganz konsequent vorgegangen. § 1390 ABGB schließt einen guten Teil der rechtlichen Folgen, die sich aus der Neuerungseigenschaft des Vergleiches ergeben, wieder aus. Es wird für den Fall, daß die Vergleichsforderung und die alte Forderung nur maßliche nicht auch artliche Unterschiede aufweisen, die Forthaftung der Sicherheiten angeordnet. Hierin widerspricht der Vergleich der Neuerung, bei der gemäß § 1378 ABGB die Sicherheiten untergehen. Dieser innere Widerspruch hat dazu geführt, die Neuerungseigenschaft des Vergleichs trotz des Wortlauts des § 1380 ABGB zu bestreiten [173]). Zum mindesten wollte man in dem Falle keine Neuerung anerkennen, in dem die zweifelhafte Schuld und die Vergleichsschuld nur maßliche Verschiedenheit zeigten [174]).

Diese Einwendungen werden nicht zu Unrecht erhoben. Sie zeigen vor allem, daß die gesetzliche Vorschrift des § 1380 ABGB, die den Vergleich in jedem Falle für eine Neuerung erklärt, eine recht unharmonische ist, die sich mit der Lehre über die Neuerung nur schwer vereinbaren läßt. Trotzdem kann, wie bereits betont, an der eindeutigen Fassung des Gesetzes kein Zweifel darüber entstehen, daß hier ein Vertrag vorliegt, der nach dem Willen des Gesetzes ein Neuerungsvertrag ist. Der Vergleich ist also ein Neuerungsvertrag kraft Gesetzes [175]). Ob die Parteien den animus novandi hatten oder nicht, ist gänzlich unerheblich. —

---

172) Hruza a. a. O.

173) Hasenöhrl, Obl.Recht II, S. 316 f. Krasnopolski-Kafka, Obl.Recht, S. 254. Mayr, Lehrbuch d. bürg. Recht 1. Bd., S. 317. Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 172. Kirchstetter Komm., S. 677.

174) Ehrenzweig, Allg. Teil, S. 339.

175) Klang (Wolff), Komm. IV § 1380, Anm. 4, S. 281. Stubenrauch, Komm. II, S. 784. Vgl. auch Ob.Ger.Hof i. Glaser-Unger Bd. 44 Nr. 3876. Ob.Ger.Hof i. Sammlung der Entsch. in Zivil- und Justizverwalt.Sachen Bd. 7, S. 63.

Im reichsdeutschen Recht hat das Gesetz davon abgesehen, einer der beiden oben dargelegten Möglichkeiten den Vorzug zu geben. Aber auch seiner Natur nach braucht der Vergleich nicht stets umschaffende Wirkung zu haben. Zwar ist Zweck und Ziel des Vergleiches, eine völlige Bereinigung der streitigen oder zweifelhaften Rechtslage herbeizuführen. Eine vollständige Beseitigung der streitigen Verbindlichkeit und deren Ersetzung durch eine gänzlich neue dürfte diesem Bedürfnis am sichersten Rechnung tragen. Dies trifft jedoch so allgemein nicht zu. Da den Parteien nur daran gelegen ist, den bestrittenen Punkt zu beseitigen, so wird es meist nicht in ihrem Sinne sein, das ganze Rechtsverhältnis zwischen den Parteien aufzuheben. Besonders wird dies der Fall sein, wenn sich der Streit oder die Ungewißheit auf verhältnismäßig nebensächliche Punkte wie Leistungszeit, Leistungsort u. ä. erstreckt.

Der Wille der Parteien ist hier maßgebend. Ob der Vergleich also umschaffend wirkt oder nicht, ist eine Frage, die im reichsdeutschen Recht nach den für alle anderen Fälle allgemein geltenden Grundsätzen zu entscheiden ist[176]). Vor allem ist das erkennbare Vorhandensein des animus novandi erforderlich, wenn eine Umschaffung vorliegen soll[177]).

Die Verschiedenartigkeit des österreichischen und reichsdeutschen Rechts ist in diesem Falle auf die Fassung des § 1380 ABGB zurückzuführen. Mit dieser Vorschrift entfernt sich das österreichische Recht ohne zwingenden Grund von der Linie, die die anderen Rechte in der Regelung und Auffassung des Vergleiches verfolgten. Wie unnötig eine solche Regelung war, zeigt sich bei der Betrachtung des Vergleiches im reichsdeutschen Recht, in dem es zu irgendwelchen Schwierigkeiten oder Streitfragen grundsätzlicher Art nicht gekommen ist. Anders im österreichischen Recht. Die Vorschrift des § 1380 ABGB bringt besonders im Hinblick auf die Bestimmung des § 1390 ABGB nur Zweifel und Streitigkeiten in das Gebiet des Vergleiches, die sonst nie hätten auftreten können. Es ist der Wert dieser Regelung also durchaus in Frage zu stellen.

---

176) Staudinger (Kober), Schuldverh. 3. Teil § 779 Anm. A VI c, S. 1537 f. Planck (Strecker), Schuldverh. 2. Bd. Vorbem. zu § 779 I 4 a. David i. Das Recht 1903, S. 12. RG i. Das Recht 1922 Nr. 1668. RG i. Das Recht 1925 Nr. 2417. RG i. Gruchots Beitr. Bd. 51, S. 632. RG i. Gruchots Beitr. Bd. 60, S. 660. OLG Dresden i. Seuff. Archiv Bd. 63, S. 206. OLG München i. Rechtsspr. OLG Bd. 30, S. 36. OLG Hamburg i. Seuff. Archiv Bd. 42, S. 242.

177) Vgl. die unter 176 Genannten. A. M. OLG Hamburg i. Rechtspr. OLG Bd. 43, S. 86 (ohne Begründung). — Bedenklich erscheint die Entscheidung des RG i. Leipziger Zeitschrift 1926, S. 229. Hier wird über zwei bestrittene Forderungen zusammen ein Vergleich abgeschlossen. Aus der Tatsache allein, daß jetzt unerweislich ist, in welcher Höhe die Einzelforderungen an der Vergleichsforderung beteiligt sind, folgt noch kein Umschaffungswille, wie das RG a. a. O. annimmt. Vgl. auch RG i. Deutsche Juristen-Zeitg. 1926, S. 596 und Schnorr von Carolsfeld a. a. O., S. 62 f.

Dritter Abschnitt.

Die Rechtswirkungen der Novation.

§ 19. Vorbemerkung.

Die neue Verbindlichkeit entsteht, die alte wird aufgehoben. Dies ist das von den Parteien erstrebte Ziel bei dem Neuerungsvertrage, dessen Erreichung die selbstverständliche Rechtsfolge in beiden Rechten ist.

Für das österreichische Recht wird dies in § 1377 ABGB noch besonders ausgesprochen: „Vermöge dieses Vertrages hört die vorige Verbindlichkeit auf und die neue nimmt zugleich ihren Anfang."

Im reichsdeutschen Recht gilt dasselbe, ohne daß es hierzu einer ausdrücklichen Vorschrift bedarf. Es ergibt sich dies ohne weiteres aus der rechtlichen Eigenschaft der Umschaffung als Forderungsbegründung an Erfüllungsstatt. Die aufzuhebende Forderung erlischt, sobald das Erfüllungssurrogat rechtlich in Wirksamkeit tritt, im vorliegenden Falle also mit der Begründung der neuen Verbindlichkeit.

Es ist aus vorstehendem also zu erkennen, daß die Rechtswirkung der Neuerung in beiden Rechten eine doppelte ist. Einmal zeigt sie eine begründende, aufbauende Seite, zum anderen eine aufhebende, konsumierende Seite.

I.

§ 20. Die begründende Seite der Novation.

Die Entstehung einer neuen Verbindlichkeit läßt uns erkennen, daß hier ein völliges novum geschaffen wurde. Welche Vorbedingungen dieses novum im Hinblick auf die alte aufzuhebende Verbindlichkeit erfüllen muß, um der Eigenart eines Neuerungsvertrages nicht zuwider zu laufen, wurde bereits in §§ 9 bis 12 dieser Arbeit eingehend betrachtet. Es zeigte sich hier, daß die alte Verbindlichkeit durch die neue wirtschaftlich ersetzt werden muß, im übrigen ist aber jeder Versuch abzulehnen, die neue Verbindlichkeit aus irgendwelchen Stoffbestandteilen der alten Obligation aufbauen zu wollen. Die neuentstandene Verbindlichkeit ist nach diesen Ausführungen eine von irgendwelchen Eigenarten der alten Schuld völlig unabhängige Neuschaffung. —

In dieser allgemeinen Form ohne jede Einschränkung trifft dies jedoch nicht zu. Es wird sich vielmehr zeigen, daß in der neuen Verbindlichkeit nicht nur in wirtschaftlicher sondern auch in rechtlicher Hinsicht gewisse Eigenarten der alten Obligation fortleben. Es bestehen zwischen beiden Verbindlichkeiten gewisse Beziehungen, die in bestimmtem Rahmen eine Abhängigkeit erkennen lassen. Diese Abhängigkeit ergibt

sich aber lediglich aus der Rechtsnatur der Neuerung selbst und hat ihren Hauptgrund in der kausalen Verknüpfung der Aufhebung und der Neuschaffung.

a) Für den Fall, daß die alte Verbindlichkeit auf einem auflösend bedingten Rechtsgeschäft beruht, ist die Neuerung durchaus möglich, wie oben Seite 13 festgestellt wurde. Es fragt sich nun, welche Wirkung diese Eigenschaft auf die Neuerung selbst hat.

Das endgiltige Bestehen der Grundlage der Neuerung, nämlich der alten Verbindlichkeit, hängt von einem zukünftigen Ereignis ab. Es ist während der Schwebezeit also noch ungewiß, ob die Neuerung selbst endgiltig ist. Auch diese ist also auflösend bedingt durch dasselbe Ereignis. Die Folge davon ist, daß das Bestehen der neuen Verbindlichkeit, die ja nun auch auf dieser bedingten Neuerung beruht, ebenfalls von dem Nichteintritt des Ereignisses abhängt. Die auflösend bedingte Verbindlichkeit kann also selbst nur in eine ebenso auflösend bedingte Verbindlichkeit umgeschafft werden.

Tritt die auflösende Bedingung ein, so endigt damit die Rechtswirkung des Umschaffungsvertrages, die neue Verbindlichkeit erlischt.

Dies Ergebnis trifft sowohl für das österreichische wie für das reichsdeutsche Recht zu, da wir bereits oben festgestellt haben, daß die auflösende Bedingung beider Rechte die völlig gleichen Wirkungen zeitigt.

Was hier für die auflösende Bedingung gilt, trifft in entsprechendem Maße zu, falls die Wirkungen eines Rechtsgeschäftes an einen Endtermin geknüpft sind. —

b) Die Neuerung einer künftigen Verbindlichkeit hat die Folge, daß die Rechtswirkungen in vollem Umfange erst eintreten, wenn die Vorbedingungen der Neuerung in vollem Umfange vorhanden sein würde. D. h. die neue Verbindlichkeit ist genau so eine künftige wie die alte, ihr Entstehen hängt von denselben Umständen ab wie das Entstehen der geneuerten zukünftigen Schuld.

Der häufigste Anwendungsfall findet sich bei der Neuerung einer befristeten oder aufschiebend bedingten Verbindlichkeit. Diese kann immer nur in eine entsprechend befristete oder aufschiebend bedingte Schuld umgeschaffen werden, da erst mit Ablauf der Frist bzw. Eintritt der Bedingung die notwendigen Voraussetzungen der Neuerung vollwirksam vorhanden sind.

Tritt dieses Ereignis ein, so besteht von diesem Augenblick an die neue Verbindlichkeit in voller Wirksamkeit. Dies folgt nach deutschem Recht unzweifelhaft aus § 158 Absatz 1 DBGB. Im österreichischen Recht ist es genau wie im gemeinen Recht bestritten [178]), ob die Rechtswirkung etwa auf den Zeitpunkt

---

178) vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Hasenöhrl Obl.R. I § 36 Note 2, S. 445 f.

des Vertragsschluß zurückzubeziehen ist oder nicht. Dieser der Bedingungslehre angehörige Streit ist nach der heute herrschenden Auffassung [179]) jedoch dahin zu entscheiden, daß eine solche Zurückbeziehung nicht anzunehmen ist. —

c) Falls die alte Verbindlichkeit ungiltig ist, sind die Rechtsfolgen der Neuerung verschiedene, je nachdem ob es sich um Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit handelt.

Ist die alte Verbindlichkeit nichtig, so kann ein rechtswirksamer Neuerungsvertrag nicht abgeschlossen werden, da eine wesentliche Voraussetzung fehlt [180]).

Die Folgerung ist sowohl für das österreichische [181]) wie für das reichsdeutsche [182]) Recht eine Selbstverständlichkeit.

Durchaus klar ist dieser Fall, wenn die neue Verbindlichkeit kausal ist. Ist sie dagegen abstrakt, so hindert die Nichtigkeit der alten Verbindlichkeit und damit auch die Nichtigkeit des Umschaffungsvertrages ihr Entstehen nicht. In derartigen Fällen kommt die neue Verbindlichkeit wohl zur Entstehung, sie kann aber mit der condictio sine causa (§ 1435 ABGB, § 812 Abs. 1 DBGB) zurückgefordert werden.

Ein besonders praktisches Anwendungsgebiet ist hierin die Neuerung derjenigen Naturalobligationen, die nach den früheren Ermittlungen gar keine Verbindlichkeiten sind, wie Spiel, Wette, Differenzgeschäft usw. Der Einwand, es handele sich um die Neuerung einer Spielforderung, besagt weiter nichts, als die Neuerung ist nicht zustande gekommen. Wird dennoch die Verbindlichkeit beglichen, so handelt es sich nicht um Erfüllung der Neuerungsschuld sondern der Spiel„schuld".

Wie oben dargelegt wurde, ist nach österreichischem wie nach reichsdeutschem Recht eine Verbindlichkeit, die auf einem anfechtbaren Rechtsgeschäft beruht, bis zur erfolgten Anfechtung voll wirksam.

Es fragt sich nun, ob das Anfechtungsrecht dadurch untergeht, daß die anfechtbare Verbindlichkeit endigt. Dies ist für beide Rechte im allgemeinen dahin zu entscheiden, daß bei der Neuerung einer anfechtbaren Verbindlichkeit der Wille der Parteien stets darauf gerichtet sein wird, diese Verbindlichkeit durch eine neue, vollwirksame Obligation zu ersetzen.

---

[179]) Ehrenzweig, Allg. Teil § 97 II im Anschluß an Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 177.

[180]) Unter diesem Gesichtspunkt ist die Neuerung solcher „Schulden" zu beurteilen, die auf Grund von Rechtsgeschäften entstehen, durch die eine Verbindlichkeit nicht erzeugt wird. Solche Forderungen sind nichtig, also ist eine Neuerung nicht möglich. Vgl. RG i. Jurist. Wschr. 1924, S. 43, 2, hierzu die Anm. v. Klein. Ob.Ger.Hof i. Glaser-Unger, Bd. 32, Nr. 15141; Bd. 35, Nr. 146; Bd. 35, Nr. 412.

[181]) Klang (Wolff) Komm. IV, S. 271, Note 40 und die dort genannten. Ob.Ger.Hof i. Glaser-Unger, Bd. 51, Nr. 5223; Bd. 54, Nr. 6416.

[182]) Staudinger (Werner) Schuldverhältnisse, 1. Teil, S. 649.

Ganz besonders wird dies z. B. dann anzunehmen sein, wenn der Anfechtungsberechtigte trotz Kenntnis vom Anfechtungsgrunde eine Neuerung vornimmt. In derartigen Fällen geht aus dem Verhalten des Berechtigten hervor, daß er auf sein Recht verzichtet.

Ein solcher Untergang des Anfechtungsrechtes ist jedoch keine der Neuerung eigentümliche Folge. Läßt sich aus den Umständen kein Verzicht auf das Anfechtungsrecht entnehmen, so vermag selbst eine Neuerung dieses Recht nicht zum Untergang zu bringen. Der Berechtigte kann vielmehr in beiden Rechten die Grundlage der Neuerung — die alte Schuld — rückwirkend [183]) beseitigen. Damit wird zugleich der ganze Neuerungsvertrag und mit ihm die neue Verbindlichkeit beseitigt.

d) Die Einreden gegen die alte Verbindlichkeit gehen in beiden Rechten mit der Neuerung im allgemeinen nicht unter, sie stehen dem Berechtigten nunmehr gegen die neue Verbindlichkeit zu. Dies erklärt sich daraus, daß die alte Verbindlichkeit zwar voll wirksam war, jedoch stand ihr als Gegengewicht stets ein Einrederecht der anderen Partei gegenüber. Dieser Zustand führte praktisch eine gewisse Lähmung der alten Verbindlichkeit herbei, die infolgedessen ebenfalls nur eine solche „gelähmte" Forderung aus der Neuerung entstehen lassen konnte.

Allerdings gilt hier eine bedeutsame Einschränkung. Geht aus der Neuerung hervor, daß der Berechtigte auf die Geltendmachung seiner Einreden verzichtete, so erlöschen dieselben mit der Neuerung. Dies wird z. B. stets der Fall sein bei der Neuerung einer verjährten Forderung, wenn die Verjährung dem Schuldner bekannt ist [184]). Es ist sogar ein allgemeiner Verzicht auf alle dem Schuldner bekannten Einreden dann anzunehmen, wenn er sich dieselben nicht vorbehielt [185]), denn der Neuerungswille verbindet sich im Zweifel mit dem Willen, die alten Beziehungen gänzlich zu bereinigen.

Hierin besteht ein Unterschied zwischen österreichischem und deutschem Recht nicht. —

II.

§ 21. Die aufhebende Seite der Novation.

Die alte Verbindlichkeit erlischt. Dies wird in § 1377 ABGB ausdrücklich ausgesprochen und in seinen Wirkungen in § 1378 noch näher dargelegt.

---

183) vgl. Unger, System, II, S. 161. Hasenöhrl, Obl.R. II, S 640, und § 142 DBGB.

184) Klang (Wolff) Komm. IV, S. 272.

185) Klang (Wolff) Komm. IV, S. 271. Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 107.

Für das reichsdeutsche Recht gilt das gleiche. Immer wenn der Umschaffungsvertrag in allen Teilen giltig abgeschlossen wurde, tritt die Aufhebung der alten Verbindlichkeit ein. —

1. Da der Untergang der alten Verbindlichkeit durch die Begründung der neuen Schuld vor sich geht, ist es notwendig, daß die neue Verbindlichkeit auch tatsächlich entstanden ist.

a) Eine auflösend bedingte Verbindlichkeit besteht voll wirksam. Sie ist also in beiden Rechten sehr wohl imstande, die alte Schuld aufzuheben.

b) Eine künftige Verbindlichkeit ist dagegen nicht fähig, die alte Schuld zur Aufhebung zu bringen. Die Rechtswirksamkeit der Neuerung tritt also nach beiden Rechten immer erst dann ein, wenn die Verbindlichkeit voll wirksam entsteht. Dies gilt insbesondere für die aufschiebend bedingte und an einen Anfangstermin gebundene Verbindlichkeit.

c) Ist die neue Verbindlichkeit giltig, steht ihr aber eine Einrede entgegen, so hindert dies die Aufhebung der alten Schuld nicht. So kann eine betagte Forderung sehr wohl sofort alle Rechtswirkungen der Neuerung auslösen.

d) Ist die neue Verbindlichkeit nichtig, so vermag sie selbstverständlich nicht die alte Verbindlichkeit aufzuheben. Bei bloßer Anfechtbarkeit hingegen, ist ihr diese Fähigkeit nicht abzusprechen, nur hebt die mit der Anfechtung eintretende Nichtigkeit die Neuerungswirkungen wieder auf. —

2. Die Aufhebung der alten Verbindlichkeit zieht eine Reihe von weiteren Rechtsfolgen nach sich, die besonders in § 1378 ABGB ausgesprochen werden, für das reichsdeutsche Recht aber aus den für die betreffenden Nebenrechte bestehenden Vorschriften folgen.

a) Die für die alte Verbindlichkeit bestellten Bürgschaften werden frei. § 1378 ABGB spricht hier aus, was an sich schon aus § 1363 folgen würde. Es ist dies eine notwendige Folge des Prinzips der Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptverbindlichkeit.

Für das reichsdeutsche Recht ergibt sich das gleiche aus § 767 DBGB.

b) Für die alte Verbindlichkeit bestellte Pfandrechte werden aufgehoben. Auch mit dieser Vorschrift wiederholt § 1378 ABGB, was bereits § 469 enthält.

Für das reichsdeutsche Recht folgt diese Wirkung aus § 1210 DBGB.

Handelt es sich um eine hypothekarisch gesicherte Forderung, so gelten die für dieses Pfandrecht bestehenden Sondervorschriften. Gemäß § 469 Satz 2 ABGB muß zur vollständigen Enthaftung des Grundstückes noch die Löschung der Hypothek hinzukommen.

Nach § 1163 Satz 2 DBGB erlischt die Hypothek nicht, sie geht vielmehr auf den Grundstückseigentümer über und verwandelt sich gemäß § 1177 Absatz 1 Satz 1 DBGB in eine Grundschuld.

c) Ferner erlöschen folgerichtig alle mit der alten Verbindlichkeit verknüpften, d. h. akzessorischen Nebenrechte.

Zinsen sind also künftig nicht mehr zu entrichten, falls die neue Verbindlichkeit nicht eine selbständige Zinspflicht begründet, gleichgiltig, ob es sich um vertragliche oder gesetzliche Zinsen handelt [186]). Eine versprochene Vertragsstrafe kann nicht mehr verfallen [187]), da sie gemäß § 1336 ABGB und § 339 DBGB akzessorischer Natur ist.

Der Zustand des Verzugs mit all seinen Rechtsfolgen endigt mit der Neuerung [188]).

Was die Vorrechte im Konkurs und der Zwangsvollstreckung betrifft, so muß man hier meines Erachtens in jedem Falle der Neuerung Erlöschen annehmen [189]). Es wird für das österreichische Recht vielfach gelehrt, daß die persönlichen Vorrechte fortbestehen, während nur die Vorrechte aus der causa des Geschäftes untergehen [190]). Bei Neuerung durch Verwechselung des Hauptgegenstandes sollen sogar die letzteren bestehen bleiben [191]). Das kann man nicht sagen. Wohl ist die neue Verbindlichkeit in solchen Fällen so beschaffen, daß sie auf Grund der betreffenden Vorschriften stets dieselben Vorrechte genießt wie die alte Verbindlichkeit. Von einem „Fortbestehen" kann hier aber nicht die Rede sein. —

3. Ausnahmen. Die unter Ziffer 2 genannten Rechtswirkungen der Neuerung sind begriffsnotwendig, denn eine Verbindlichkeit kann unmöglich untergehen, während die davon abhängigen Nebenrechte fortbestehen sollen. Diese Notwendigkeit läßt sich nicht einmal durch vertragliche Übereinkunft ausschließen.

a) Insofern scheint die Vorschrift des § 1378 ABGB „wenn die Teilnehmer nicht durch ein besonderes Einverständnis hierüber etwas anderes festgesetzt haben", etwas auszudrücken was mit dieser Regel gänzlich unvereinbar ist.

Das ist jedoch nicht der Fall. Man könnte die Vorschrift so auslegen, daß hierunter nichts anderes zu verstehen ist, als die Neubegründung der Nebenrechte für die neue Verbindlich-

186) Hruza, Z. Lehre v. d. Novation, S. 126. Klang (Wolff) Komm. IV, S. 276. Ob.Ger.Hof, bei Glaser-Unger, Bd. 30, Nr. 14 162.
187) Klang (Wolff) a. a. O.
188) Hruza, a. a. O., S. 127 f.
189) Stubenrauch, Komm. II, S. 777. Staudinger (Werner) Schuldverhältnisse, 1. Teil, S. 650.
190) Klang (Wolff) a. a. O., S. 276, Note 14. Hruza, a. a. O., S. 127.
191) Klang (Wolff) Komm. IV, a. a. O. Ehrenzweig, Schuldverhältnisse, S. 361.

keit. Die „Teilnehmer" des § 1378 ABGB sind demnach nicht stets nur die Parteien des Neuerungsvertrages, sondern dazu ist auch der Pfandeigentümer, der Bürge, überhaupt jeder beteiligte Dritte zu zählen [192]).

Mit dieser Vorschrift würde das ABGB jedoch nur eine auch nach reichsdeutschem Recht selbstverständlich zulässige Maßnahme nennen.

Es ist vielmehr auch möglich, den „Fortbestand" der alten Nebenrechte zu vereinbaren, jedenfalls soweit es sich um Sicherheiten handelt. Die Natur der Akzessorität dieser Rechte scheint dagegen zu sprechen. Jedoch ist es möglich, eine Sicherheit für eine Forderung zu bestellen mit der Abrede, daß diese nach gewisser Zeit nicht mehr für diese sondern für eine andere gegenwärtige oder zukünftige Forderung haften soll. Auf die Möglichkeit einer solchen vertraglichen Vereinbarung, deren Zulässigkeit weder im österreichischen noch im reichsdeutschen Recht zu bezweifeln ist, weist Martin Wolff [193]) hin. Allerdings kann es sich hierbei immer nur um vertraglich bestellte Sicherheiten handeln. Solche von Gesetzes wegen kommen für eine solche Abrede nicht in Betracht.

b) Erhebliche Schwierigkeiten bereitet die bereits weiter oben erwähnte Annahme, daß in der Anerkennung des Kontokorrentsaldos eine Neuerung zu finden sei, trotzdem hier nach allgemein anerkannter Ansicht die Sicherheiten forthaften. Es gilt hier also zwei sich widerstrebende Elemente zu vereinigen.

Das Reichsgericht [194]) versuchte, nachdem es im früheren Recht die Umschaffung völlig geleugnet hatte, den Vorgang damit zu erklären, daß der Novationsgedanke nur ein Hilfsmittel sei, um gewisse rechtliche Eigentümlichkeiten des Kontokorrents begrifflich klar zu machen. Die konsequente Durchführung dieses Gedankens sei aber abzulehnen, sobald damit den Verkehrsbedürfnissen nicht Genüge getan wird.

Diese Erklärung befriedigt nicht. Das österreichische Recht wird stets Schwierigkeiten haben, die Forthaftung der Sicherheiten zu erklären, das deutsche Recht wird in § 356 DHGB eine offensichtliche Ausnahmevorschrift erblicken müssen [195]).

Eine Erklärung läßt sich vielmehr für beide Rechte in gleich befriedigender Weise dann finden, wenn man auf dem unter a) dargelegten Gedanken aufbaut. Es handelt sich beim Kontokorrent um den vorher vereinbarten Fortbestand der Sicherungen. Diese Vereinbarung geschieht stillschweigend, und zwar geht sie daraus hervor, daß die Forthaftung der Sicherheiten für eine im Kontokorrent eingesetzte oder einzusetzende

---

192) Klang (Wolff) Komm. IV, S. 276 bei Note 3.

193) Martin Wolff i. Ehrenbergs Handb. d. gesamten Handelsrechts, IV. Bd., 1. Abtlg., S. 66.

194) RGZ Bd. 76, S. 334; Bd. 87, S. 437.

195) so Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB IV § 356, Anm. 2, S. 666.

Forderung verkehrsmäßig bekannt ist, und die Beteiligten wissen, daß die betreffende Forderung im Kontokorrent steht oder stehen wird [196]).

Es ist im Kontokorrentverkehr für das Verkehrsbedürfnis eine so selbstverständliche Notwendigkeit, die Sicherheiten für die Einzelforderungen auch nach erfolgter Saldoanerkennung forthaften zu lassen, daß der darauf gerichtete Parteiwille als stets vorhanden angenommen werden muß.

Diese auf dem Gedanken von Martin Wolff aufbauende Erklärung trifft meines Erachtens sowohl im österreichischen wie im reichsdeutschen Recht zu, und nötigt nicht, eine Durchbrechung der Neuerungskonstruktion anzunehmen.

Was für die vertragliche Sicherheit gilt, trifft auch für die gesetzliche Sicherheit zu. Es muß nach dem Gesagten angenommen werden, daß das Gesetz den Fortbestand der Sicherheiten über die von ihm für den Normalfall gezogenen Grenzen will, sobald es sich um die Beendigung der Verbindlichkeit durch die novierende Saldoanerkennung im Kontokorrent handelt [197]). Auch dies trifft für das österreichische wie für das reichsdeutsche Recht gleichermaßen zu, denn Eigenarten, die sich aus dem Kontokorrentvertrag ergeben, werden vom Gesetz dadurch schon anerkannt, daß es den Begriff des Kontokorrents im Gesetz ausdrücklich als bekannt voraussetzt.

c) Ein Fall ist aber — wenigstens dem deutschen Gesetz — bekannt, wo die Wirkungen der Umschaffung in gewissem Umfange in bewußter Weise entgegen dem Willen der Parteien ausgeschaltet werden.

Sowohl die österreichische wie die deutsche Währung verfiel in der Nachkriegszeit zusehends. Nach erfolgter Festigung machte sich dringend das Bedürfnis einer Aufwertung geltend.

Das deutsche Recht hat diesem Bedürfnis durch die Schaffung eines ausführlichen Aufwertungsgesetzes Rechnung getragen. In diesem Gesetz wird als Grundsatz die volle Aufwertung nach Maßgabe des Goldmarkwertes ausgesprochen (§ 2 Aufw. Ges.), allerdings sind für eine erhebliche Zahl von Fällen abweichende Bestimmungen getroffen worden.

In § 3 Abs. 2 Aufw.-Ges. wird nun der Grundsatz ausgesprochen, daß in den Fällen, in denen eine Aufhebung des bisherigen Rechtes unter gleichzeitiger Begründung eines neuen Rechtes zugunsten desselben Berechtigten [198]) stattfindet, die

---

196) Staub-Koenige, Komm. z. HGB III, § 356, Anm. 2, S. 352. Regelsberger i. Iherings. Jahrb., Bd. 46, S. 38.

197) Derselbe, a. a. O., S. 37 f.

198) Diese Einschränkung hat nicht etwa dieselbe Bedeutung wie die Neuerung „ohne Hinzukunft einer dritten Person" in § 1376 ABGB. Sie geschieht hier lediglich aus aufwertungsrechtlichen Gründen und ist für die evtl. Umschaffung ohne Belang.

alte Forderung nach wie vor die Grundlage zur Berechnung des Goldwertes bilden soll. Zwar deutet der Wortlaut des Gesetzes darauf hin, daß die Ersetzung des alten Rechts nur unter gleichzeitiger Schaffung eines anderen Rechtes und gleichzeitiger Zusammenfassung beider Rechte zu einem neuen Recht geschehen darf. Diese scheinbare Einschränkung würde sich aber nicht mit dem Sinn dieser Vorschrift in Einklang bringen lassen. Die allgemeine Auffassung geht vielmehr dahin, daß auch die Fälle einer Umschaffung ohne Veränderung des Leistungsgegenstandes hierunter fallen [199]). Jedenfalls ist es ein interessanter Fall, daß das Aufwertungsgesetz hier eine Regelung trifft, die sich von der formalen Folgerichtigkeit der Umschaffungswirkung bewußt abwendet, um hier lediglich den Interessen der schutzwürdigen Partei zu dienen. Wollte man die Rechtsfolgen der Umschaffung konsequent durchführen, so würde man diese Vorschrift mißbilligen müssen. Sie erklärt sich aber aus dem Geist, den das Aufwertungsgesetz beseelt: Den vernünftigen Ausgleich von Härten herbeizuführen, die eine wirtschaftliche Katastrophe verursachte.

Allerdings darf man in dieser Hinsicht nicht über das Ziel hinausschießen und diesen Grundsatz der Interessenabwägung unter völliger Preisgabe aller theoretischen Folgerichtigkeit über alles stellen.

Ein praktisches Beispiel bietet § 63 Abs. 3 Aufwertungsgesetz. Wie bereits erwähnt, enthält das Aufwertungsgesetz als Grundsatz die volle Aufwertung auf den Goldwert, trifft jedoch für zahlreiche Fälle abweichende Bestimmungen. Eine solche findet sich in § 63 a. a. O. Hiernach werden Vermögensanlagen nur mit höchstens 25% aufgewertet. Absatz 3 erklärt, daß als Vermögensanlagen im Sinne des Gesetzes nicht die Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen gelten. Die herrschende Ansicht [200]) sowie die Rechtsprechung des Reichsgerichts [201]) lehnt nun in den Fällen, in denen eine Umschaffung eines Anspruchs aus einem gegenseitigen Vertrage in einen solchen aus einem nichtgegenseitigen Vertrage wirklich stattfindet, eine volle Aufwertung ab, und beschränkt dieselbe auf 25%. Der häufigste Fall ist die Verwandlung eines Restkaufgeldbetrages in ein Darlehen [202]). Dieser Handhabung wird bisweilen [203])

---

[199]) Vgl. Mügel, Komm. z. Aufwertungsgesetz, 5. Aufl., § 3, Anm. 21, S. 385.

[200]) Mügel, Komm. z. Aufwert.Ges., 5. Aufl., § 63, Anm. 6, S. 921. Quassowski, Komm. z. Aufwert.Ges., 4. Aufl., § 63, Anm. II A 7, S. 436. Michaelis, Aufwert.Recht, § 63, Anm. 1, S. 195.

[201]) RG i. Seufferts Archiv, Bd. 82, S. 49 ff. RG i. Deutsche Juristen-Zeitung 1928, S. 1015.

[202]) Das Darlehen ist nach § 63 Aufw.Ges. zutreffend als Realvertrag und daher als einseitig verpflichtender Vertrag aufzufassen.

[203]) Pantle, Die Novation nach dem Rechte des BGB, Tübinger Dissertation, § 15, S. 59 ff.

widersprochen, man will auch hier die Entscheidung aus der Interessenlage vorgenommen wissen. Das führt meines Erachtens zu weit. So bedeutungslos ist die Umschaffung mit ihren Rechtsfolgen schließlich nicht, daß jedes Motiv der Parteien zu berücksichtigen ist, um dementsprechend die Rechtsfolgen eintreten zu lassen oder nicht. Die Vorschrift des § 3 Aufw. Ges. zeigt zwar deutlich, daß nicht rein schematisch die Rechtsfolgen mit ihren Wirkungen eintreten sollen, aber schließlich handelt es sich hier um eine gesetzliche Ausnahmebestimmung, die auf Grund schwerwiegender Notwendigkeiten entstanden ist.

Eine Entscheidung nach der Interessenlage würde sich schließlich dann für jede andere auch außerhalb der Umschaffung entstehende Verbindlichkeit rechtfertigen lassen. Wir würden so allmählich auf dem Standpunkt anlangen, daß der Richter nicht mehr dem Gesetz unterworfen ist, sondern frei urteilt. Ein von manchen Seiten erstrebter Zustand, der aber heute noch nicht erreicht ist.

Das österreichische Aufwertungsrecht hat entsprechende Fälle nicht aufzuweisen. Das liegt im wesentlichen daran, daß das österreichische Recht der Aufwertung grundsätzlich feindlich gegenübersteht. Eine allgemeine Aufwertungsgesetzgebung fehlt. Lediglich für eine Reihe von Einzelfällen, wie z. B. Unterhaltsrenten, ist auf Grund vielfach angegriffener höchstrichterlicher Entscheidungen [204]) eine ausnahmegesetzliche Regelung geschaffen worden [205]). Es wird aber auch hier der meines Erachtens richtige Standpunkt zu vertreten sein, daß eine Neuerung, die eine nichtaufwertungsfähige Schuld in eine solche umwandelt, die Wirkung hat, daß nun auch tatsächlich eine Aufwertung stattfinden muß. Eine Entscheidung nach der Interessenlage — in wessen Interesse also die Neuerung stattfand wäre nicht haltbar.

Der gesetzliche Ausnahmefall des deutschen Aufwertungsrechtes steht also einzig da. Diese Abweichung vom österreichischen Recht läßt das Wesen der Umschaffung unberührt, sie erklärt sich vielmehr mit der verschiedenartigen Behandlung des Aufwertungsproblems in beiden Rechten. —

---

204) Vgl. Ob.Ger.Hof in Sammlung der Entsch. in Zivil- und Justizverwaltungssachen (amtl. Sammlung), Bd. 5, S. 53, sowie die Gegengründe von Klang, Geldentwertung und juristische Methode, 1925, S. 19 ff.

205) Eine Zusammenstellung findet sich bei Ehrenzweig, Schuldverhältnisse, S. 22.

Vierter Abschnitt.

Novationsähnliche Rechtsgeschäfte.

§ 22. Die Schuldänderung.

1. Begriff und Abgrenzung gegen die Neuerung. § 1379 ABGB bestimmt, daß die Änderung von Nebenbestimmungen einer Verbindlichkeit, die weder Verwechselung des Rechtsgrundes noch des Hauptgegenstandes darstellt, im Zweifel nicht als Neuerungsvertrag anzusehen ist. Es ergibt sich hieraus, daß das österreichische Recht die vertragliche Abänderung des Inhalts einer Schuld anerkennt, ohne daß damit die Identität [206]) der Schuld aufgehoben wird. Ein solcher Vertrag ist ein Schuldabänderungsvertrag.

Das reichsdeutsche Recht erkennt den Schuldabänderungsvertrag ebenfalls ausdrücklich in § 305 DBGB 2. Satzteil an. —

Der Unterschied zwischen Neuerung und Schuldumwandlung liegt darin, daß hier eine bestehende Beziehung zwischen den Parteien eine unter Umständen sehr weitgehende Änderung erfährt. Es wird aber trotzdem die neue (abgeänderte) Verbindlichkeit weder durch den Parteiwillen auf einen neuen Rechtsgrund gestellt noch geschieht dies dadurch, daß der Leistungsgegenstand der Schuld derart verändert wird, daß die Leistung als eine gänzlich neue erscheint. Die Schuld wird nicht umgeschafft, sie wird nur abgeändert. Das erste Haupterfordernis des Neuerungsvertrages, die Begründung einer neuen Verbindlichkeit, ist also in diesem Falle nicht erfüllt.

2. Erfordernisse. Notwendig ist zu einem Schuldänderungsvertrage selbstverständlich das Bestehen einer Schuld. Diese kann genau wie beim Neuerungsvertrage gegenwärtig bestehen, auflösend bedingt, künftig, insbesondere aufschiebend bedingt oder befristet, sie kann mit einer Einrede belastet, anfechtbar oder relativ unwirksam sein. Lediglich nichtige Verbindlichkeiten können nicht abgeändert werden.

Gegenstand einer Änderung kann aber auch darüber hinaus ein ganzes Schuldverhältnis sein, denn es ist den Parteien unbenommen, die gegenseitigen Beziehungen in ihrer Gesamtheit also im Schuldverhältnis abzuändern [207]). Es ist sogar möglich, ein zusammengesetzes Schuldverhältnis durch Vertrag zu ändern, denn auch dieses ist eine organische Einheit, ein einziges Schuldverhältnis [208]).

---

206) hierunter ist nicht die Identität in philosophischem Sinne zu verstehen, sondern die sogenannte praktische Identität, die „Selbigkeit". Peter Klein, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, S. 44. „Nämlichkeit" Klang (Wolff) Komm. IV, S. 267, Abs. 3.

207) Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, 12. Bearb., S. 163 f.

208) Klein, Vertragliche Änderung, S. 60.

Österreichisches und reichsdeutsches Recht stimmen hierin vollkommen überein, da es sich um eine begriffliche Notwendigkeit handelt. —

Zweites Erfordernis ist nach beiden Rechten ein Vertrag, der auf Abänderung der bestehenden Schuld bezw. des bestehenden Schuldverhältnisses gerichtet ist.

Der Vertragsgegenstand ergibt sich aus dem Begriff des Vertrages. Es handelt sich um die Veränderung einer Schuld, ohne daß deren Rechtsgrund ein anderer wird. Dies bringt das ABGB in § 1379 zum Ausdruck. Das DBGB verzichtete auf eine solche Bestimmung, da sie etwas Selbstverständliches besagt. Ein auf Änderung unter Aufrechterhaltung der Identität gerichteter Vertrag darf nicht etwas anderes neues schaffen.

Damit ist nicht immer gesagt, daß der Vertragstypus des abzuändernden Vertrages stets derselbe bleiben muß [209]).

Dies zeigt sich insbesondere bei Betrachtung der Möglichkeiten, die ein sogenanntes Vereinbarungsdarlehen gemäß § 607 Absatz 2 DBGB. umfaßt. In einem solchen Vertrage kann außer einer regelrechten Umschaffung auch nur eine Abänderung liegen, und zwar derart, daß die bisherige Schuld unter Aufrechterhaltung ihres Rechtsgrundes nunmehr nach Darlehensgrundsätzen zu behandeln ist. Dieser Fall ist eine reine Inhaltsänderung, die den Bestand des Schuldverhältnisses unberührt läßt, trotzdem der Vertragstyp hier gewechselt hat. Es ist dies eine Gepflogenheit, die im Verkehr verhältnismäßig häufig ist [210]).

Im österreichischen Recht ist ein Vorschrift, die dem § 607 Absatz 2 DBGB entspricht, nicht bekannt. Die Vorschriften des § 959 ABGB können hierzu nicht herangezogen werden, da sie nach ihrer Fassung einwandfrei darauf hinweisen, daß hier eine neue Verbindlichkeit zur Entstehung gelangt. Es spricht aber nichts dagegen, auch nach österreichischem Recht einen Vertrag des Inhalts schließen zu können, der dem eben erwähnten Abänderungsvertrage im reichsdeutschen Rechte entspricht. Dies folgt aus dem auch für das österreichische Recht geltenden Prinzip der Vertragsfreiheit.

Ferner bestimmt § 1379 ABGB, daß in der Ausstellung eines Schuldscheines oder einer gleichartigen Urkunde im Zweifel keine Neuerung liegt.

Dasselbe gilt nach reichsdeutschem Recht.

Die Ausstellung eines Schuldscheines kann in Verbindung mit den sonstigen äußeren Umständen darauf hindeuten, daß die Parteien über eine bloße Schuldänderung hinaus eine neue Verbindlichkeit schaffen wollten. Aus der Tatsache der Ausstellung

209) Klein, a. a. O., S. 45.
210) vgl. RG in Jurist. Wschr. 1928, S. 55, Nr. 5.

allein aber einen solchen Parteiwillen entnehmen zu wollen [211]), wäre nicht richtig. Daher ist dem Kammergericht [212]) nicht beizutreten, wenn es entscheidet, daß im Falle der Ausstellung einer Urkunde der Beweis darüber, daß keine Neuschaffung stattgefunden habe, dem Gläubiger obliege. Der Schuldschein und die sonstigen gleichartigen Urkunden sind lediglich Beweismittel, die für sich noch nicht die Vermutung begründen, daß eine gänzliche Umschaffung der Schuld vorgenommen werden sollte.

Wie wir bei der Betrachtung der Novation gesehen haben, kann eine Änderung des Rechtsgrundes auch dadurch eintreten, daß der Leistungsgegenstand so verändert wird, daß die Leistung nunmehr zu einer völlig anderen wird. Auch hierdurch entsteht eine neue Verbindlichkeit. Bei einem Schuldänderungsvertrage dürfen die Änderungen am Leistungsgegenstande also nicht so weit gehen. Auch dies bestimmt § 1379 ABGB ausdrücklich, während das DBGB in diesem Punkte ebenfalls von der Aufnahme einer solchen Vorschrift absah, da sich diese Schranke aus dem Wesen des Schuldänderungsvertrages ergibt.

Im übrigen soll nach § 1379 ABGB im Zweifel stets nur Schuldänderung vorliegen. Dies trifft also zu bei Änderungen von Zeit, Ort und Art der Leistung. Dasselbe unterliegt nach deutschem Recht keinem Zweifel, da Zeit, Ort und Art der Leistung reine Nebenbestimmungen sind, und ihre Änderung daher niemals eine neue Schuld oder ein neues Schuldverhältnis schaffen kann.

Eine allgemein giltige Norm, wann in der Veränderung des Leistungsgegenstandes eine völlige Umschaffung liegt, läßt sich nicht aufstellen. Es ist dies immer nach der wirtschaftlichen Bedeutung zu beurteilen, die die Änderung für das Ganze hat.

Der Schuldänderungsvertrag bedarf sowohl nach österreichischem wie nach reichsdeutschem Recht gewöhnlich keiner bestimmten Form. Zweifel können entstehen, ob die Abänderung eines Schuldverhältnisses, das auf Grund eines formbedürftigen Vertrages entstanden ist, ebenfalls dieser Form bedarf. Den Gesetzen läßt sich hierüber unmittelbar nichts entnehmen. Die Frage ist vielmehr auf Grund theoretischer Erwägungen zu beurteilen. Enneccerus [213]) vertritt den Standpunkt, daß der Änderungsvertrag nur dann der Form bedarf, wenn die Verpflichtungen, deretwegen die Form besteht, zu ungunsten der geschützten Partei verändert wird. Dieser Ansicht, die sich

---

[211]) so Marder in Jurist. Wschr. 1926, S. 2353. Ob.Ger.Hof in Glaser-Unger, Bd. 30, Nr. 14 077; Bd. 34, Nr. 15 879; Bd. 35, Nr. 946.

[212]) Kammergericht i. Jurist. Wschr. 1927 I, S. 465, 2; ebenso Nauk i. Jurist. Wschr. 1926, S. 2065.

[213]) Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, 11. Bearb., § 42 II, S. 148.

gegen die früher herrschende Gegenmeinung [214]) allmählich durchsetzt [215]), ist entschieden beizutreten. Die Formvorschrift darf nicht schematisch auf jede Inhaltsänderung angewendet werden. Täte man dies, so würde man, besonders wenn die Abänderung zugunsten des geschützten Vertragsteiles vorgenommen werden würde, dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Formvorschrift zuwiderhandeln.

Eine Änderung des Vertragsinhaltes, um dessentwillen die Formvorschrift besteht, bedarf also nur dann der Form, wenn die Änderung dem geschützten Vertragsteile neue Lasten aufbürdet. Erleichtert sie seine Verpflichtung, so ist der Vertrag formlos [216]). Ebenso können die Gegenleistungen, die die durch die Form geschützte Partei für ihre Leistung zu erhalten hat, in jeder Hinsicht formlos geändert werden.

Vorstehendes Ergebnis gilt für das österreichische wie für das reichsdeutsche Recht in gleicher Weise, denn es ist nicht auf Grund positiver gesetzlicher Vorschriften ermittelt worden, es folgt vielmehr aus Erwägungen, welche Zwecke die Gesetze mit ihren Formvorschriften verfolgen. —

3. Rechtsfolgen. Die Rechtsfolgen des Schuldänderungsvertrages sind die, daß das Schuldverhältnis nunmehr in abgeänderter Form fortbesteht.

Die Einwendungen, die eine Partei vor der Abänderung erheben konnte, stehen ihr jetzt in vollem Umfange genau so zu, falls nicht gerade die Einwendungen durch die Abänderung beseitigt worden sind.

Vor allem bestehen alle Nebenrechte wie Pfandrechte, Bürgschaften, Vorzugsrechte usw. im Gegensatz zur Neuerung fort, da ein Erlöschungsgrund für diese Rechte nicht eintritt. Für den Fall, daß die Hauptverbindlichkeit, für welche ein Nebenrecht besteht, erweitert wird, bestimmt § 1379 ABGB: „Auch kann eine solche Abänderung in den Nebenbestimmungen einem Dritten, welcher derselben nicht beigezogen worden ist, keine neue Last auferlegen."

Das reichsdeutsche Recht bringt diesen Grundsatz, daß eine Erweiterung der Verpflichtung des Dritten ohne seine Mitwir-

---

214) RGZ Bd. 51, S. 181; Bd. 65, S. 392; Bd. 76, S. 33. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 71, Note 139. Oertmann, Schuldverhältnisse, § 305, Anm. 2, S. 226. Warneyer, Komm. I, § 305 II, S. 584.

215) RGZ Bd. 109, S. 27. Staudinger (Werner) Schuldverhältnisse, 1. Teil, § 305, Anm. 2 b, S. 399. Planck (Siber) Schuldverhältnisse, § 305, Anm. II, 2, S. 319. Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, 11 Bearb., § 42, II, 2, S. 148. Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, 12. Bearb., S. 166. Leonhard, Allg. Schuldrecht, S. 652. Ebbecke i. Das Recht, 1911, S. 636 ff. Klein, Vertragliche Änderung, S. 51.

216) z. B. wenn bei einem Grundstücksveräußerungsvertrag die Fläche verkleinert wird. a. M. Klein, a. a. O., S. 55, mit Gründen, die Enneccerus, a. a. O., 11. Bearb., S. 149, Note 7 widerlegt hat.

kung nicht geschehen kann, bei der Regelung der einzelnen in Betracht kommenden Nebenrechte zum Ausdruck. So findet sich derselbe für die Bürgschaft [217]) in § 767 Absatz 1, Satz 3 DBGB, für das Mobiliarpfandrecht in § 1210 Absatz 1, Satz 2 DBGB. —

§ 23. Die Schuldbegründung erfüllungshalber (akzessorische Schuldbegründung.)

1. Begriff und Abgrenzung gegen Neuerung und Schuldänderung. Während bei dem Schuldänderungsvertrage eine neue Verbindlichkeit gar nicht geschaffen wurde, ist dies bei der akzessorischen Schuldbegründung dagegen durchaus der Fall. Diese neubegründete Verbindlichkeit spielt aber eine wesentlich andere Rolle, als dies bei der Neuerung der Fall ist. Während dort durch die Neuschaffung einer Schuld die alte Verbindlichkeit zum Erlöschen gebracht wird, besteht sie hier fort. Die neue Schuld tritt bei der akzessorischen Schuldbegründung also neben die bereits bestehende. Der Grund für diese Erscheinung ist der Wille der Parteien, die alte Verbindlichkeit aufrechtzuerhalten; es fehlt ihnen also an dem zweiten Hauptmerkmal der Neuerung, der Novationsabsicht, dem animus novandi. —

Die akzessorische Schuldbegründung wird sowohl im österreichischen wie im reichsdeutschen Recht gleichermaßen anerkannt.

§ 1379 ABGB letzter Satz bestimmt: „Im Zweifel wird die alte Verbindlichkeit nicht für aufgelöst gehalten, so lange sie mit der neuen noch wohl bestehen kann", während § 364 Absatz 2 DBGB erklärt, daß die Begründung einer Verbindlichkeit zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Zweifel nur zahlungshalber stattfindet, d. h. die neue Verbindlichkeit tritt neben die alte. Die Bestimmungen sprechen aber nicht nur in deutlicher Übereinstimmung die Zulässigkeit der akzessorischen Schuldbegründung aus, sie lassen diese in Zweifelsfällen als Normalfall erscheinen. Es ist dies in beiden Gesetzen die Neigung, Bestehendes aufrechtzuerhalten. Diese Tatsache spielte, wie wir gesehen haben, beim animus novandi des Neuerungsvertrages eine ungemein wichtige Rolle.

In diesem Zusammenhang sei noch die im österreichischen Recht gebräuchliche Ausdrucksweise „kumulative Neuerung" [218]) erwähnt. Diese Terminologie, die aus dem gemeinen Recht stammt, enthält einen Widerspruch. Eine Neuerung in der Weise, daß alte und neue Verbindlichkeit nebeneinander besteht, widerspricht dem innersten Wesen der Neuerung. Diese

---

[217]) §1353, Satz 1 ABGB spricht dies für die Bürgschaft nochmals besonders aus.

[218]) Klang (Wolff) Komm. IV, § 1377, VIII, S. 273.

Ausdrucksweise kam dadurch zustande, daß man im gemeinen Recht jede Veränderung einer Schuld unter dem Gesichtspunkt der Novation betrachtete. Mit den heutigen Rechtsanschauungen über die Novation verträgt sich die Bezeichnung kumulative Neuerung nicht mehr. Im deutschen Recht ist sie völlig unbekannt, es wäre empfehlenswert, wenn sie auch im österreichischen Recht verschwinden würde.

2. Erfordernisse. Die notwendigen Erfordernisse der akzessorischen Schuldbegründung sind nach dem Gesagten einfach festzustellen. Notwendig ist nach beiden Rechten eine bestehende Verbindlichkeit und ein Vertrag, durch den eine neue Verbindlichkeit begründet wird. Die Begründung geschieht jedoch nicht mit dem animus novandi, sondern lediglich mit dem Zweck, daß die neue Verbindlichkeit erfüllungshalber neben die alte trete.

Da in dem Erfüllungszweck die causa obligandi liegt, ist es wie bei der Neuerung nicht möglich, daß daneben noch eine auf eine Gegenleistung gerichtete causa obligandi besteht. Es können also auch hier nur solche Verbindlichkeiten zur akzessorischen Schuldbegründung verwendet werden, die aus einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften hervorgehen.

§ 1379 ABGB letzter Satz bestimmt, daß der Fortbestand der alten Verbindlichkeit neben der neuen nur dann in Frage kommt, wenn sie neben der neuen fortbestehen kann. Hieraus folgt, daß es wohl Verbindlichkeiten gibt, deren Nebeneinanderbestehen nicht vereinbar ist. Solche Fälle können eintreten, wenn die Aufhebung der alten Verbindlichkeit zum realen Entstehungstatbestand der neuen Verbindlichkeit gehört. Wie wir auf Seite 51 f. dieser Arbeit (§ 16) gesehen haben, tritt in den Fällen, in denen die neue Verbindlichkeit auf einem kausalen Realvertrag beruht und das reale Element in der Aufhebung der alten Verbindlichkeit liegt, immer Neuerung ein. Der animus novandi ist hier eine Begriffsnotwendgkeit.

Das Nichtvorliegen solcher Umstände ist also in beiden Rechten notwendige Voraussetzung für das Zustandekommen einer akzessorischen Schuldbegründung. Wir haben oben gesehen, daß das reichsdeutsche Recht diesem Grundsatz notwendiger Weise auch folgen muß, obwohl eine dahingehende gesetzliche Vorschrift nicht vorhanden ist.

Im übrigen können alte wie neue Verbindlichkeit ganz wie beim Neuerungsvertrage gegenwärtig, künftig, bedingt, befristet, einredebehaftet oder gar anfechtbar sein.

3. Rechtswirkungen. Die neue Verbindlichkeit tritt neben die alte.

Einwendungen aus der alten Verbindlichkeit können gegen die neue im allgemeinen erhoben werden, es sei denn, daß die neue Verbindlichkeit eine abstrakte ist. Es besteht zwischen den Parteien eine Art Treueverhältnis, demzufolge der Gläubiger

die neubegründete Verbindlichkeit zur Erfüllung der alten verwenden soll. Die Geltendmachung der neuen Verbindlichkeit setzt demnach voraus, daß die alte Verbindlichkeit selbst in vollem Umfange geltend gemacht werden kann. Ist die neue Verbindlichkeit abstrakt, so muß nach Treu und Glauben dem Schuldner dann ein Leistungsverweigerungsrecht zugesprochen werden, wenn er gegen die alte Verbindlichkeit Einwendungen erheben kann.

Nebenrechte der alten Verbindlichkeit bleiben bestehen, sie gelten aber nicht auch für die neue Schuld. Insoweit stehen vielmehr beide Verbindlichkeiten selbständig nebeneinander.

Andererseits ist nie der Zweck der neuen Verbindlichkeit außer Betracht zu lassen. Der Parteiabsicht nach wird der Gläubiger immer erst aus der neuen Forderung Befriedigung suchen müssen, bevor er seine Rechte aus der alten Forderung geltend machen kann [219]). Eine Betagung der neuen Verbindlichkeit schiebt nach dem Zweck des Geschäftes auch die Fälligkeit der alten Schuld bis zu diesem Zeitpunkt hinaus [220]).

All diese Rechtsfolgen ergeben sich aus Zweck und Wesen der akzessorischen Schuldbegründung und finden sich daher im österreichischen und reichsdeutschen Recht in gleicher Weise.

§ 24. Die selbständige Aufhebung einer Verbindlichkeit und zeitlich damit zusammenfallende Neubegründung einer anderen Verbindlichkeit.

1. Beim Neuerungsvertrage wie den übrigen bisher betrachteten verwandten Rechtsvorgängen bestand stets etwas gemeinsames. Es waren immer gewisse Beziehungen zwischen alter und neuer Verbindlichkeit vorhanden. Mochte die „neue" Verbindlichkeit nur eine veränderte Form derselben alten Verbindlichkeit sein, mochte die Begründung der neuen die alte aufheben, oder mochte diese schließlich neben jene treten, immer waren mehr oder minder feste, bestimmte Bindungen vorhanden. Das österreichische wie reichsdeutsche Recht kennt aber auch die Möglichkeit, daß das novatorische Ziel durch zwei völlig voneinander unabhängige Verträge erreicht wird, die zeitlich zusammenfallen: durch Erlaß der alten Schuld und durch unabhängige Begründung einer neuen Schuld. Aufhebung und Begründung sind hier vollkommen selbständige Akte, die miteinander nicht in kausale Verbindung gebracht wurden. Die Aufhebung ist allenfalls Motiv der Neubegründung und umgekehrt, die Neubegründung Motiv der Aufhebung.

---

219) Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, 12. Bearb., S. 237.
220) OLG Stuttgart i. Das Recht 1917, Nr. 584.

2. Erforderlich sind in solchem Falle zwei Verträge, die Erfordernisse sind die, die einem selbständigen Erlaßvertrag und einem schuldbegründenen Vertrag — gewöhnlich wird es sich um ein abstraktes Schuldversprechen handeln — im einzelnen Falle zu eigen sind. Ist einer der Verträge nichtig, so hat dies auf den rechtlichen Bestand des anderen keinen Einfluß. Desgleichen sind sonstige Besonderheiten der einen Verbindlichkeit ohne Wirkung auf die andere.

3. Die Rechtsfolgen sind infolge der Unabhängigkeit beider Vorgänge voneinander die, die sich einmal an den Erlaß einer Schuld knüpfen, ferner die, die der schuldbegründende Vertrag nach sich zieht. Irgendwelche Einwendungen (in weitestem Sinne) gegen die alte Verbindlichkeit lassen sich gegen die neue nicht vorbringen. Auch eine condictio sine causa der neuen Verbindlichkeit kommt nicht in Betracht, da der Bestand der alten Schuld nur Motiv für die Begründung der neuen war. Dieses Motiv ist nach beiden Rechten aber unbeachtlich.

Diese nur durch das Motiv in losester Weise verbundene Aufhebung und Neubegründung stellt als Ganzes natürlich keinen besonderen Typus dar, der Vorgang verdient nur im Zusammenhang mit den vorher geschilderten novationsähnlichen Rechtsgeschäften eine gewisse Beachtung.

Eine unterschiedliche Behandlung in den beiden Rechten wäre in diesem Falle durch nichts begründet. —

§ 25. Schluß.

Die vorstehende vergleichende Betrachtung der Novation des heutigen österreichischen und reichsdeutschen Rechtes sowie der in Betracht kommenden novationsähnlichen Vorgänge ließ erkennen, daß zwischen beiden Rechten eine weitgehende Übereinstimmung herrscht. Zwar finden sich hier und dort in dem einen Recht Streitfragen oder Zweifel, die im anderen nicht auftauchen. Das hat seinen Grund oft in der verschiedenartigen Behandlung, die die Novation durch das Gesetz der beiden Länder erfahren hat, oft aber ist diese Verschiedenheit auf die Abweichung in anderen Rechtsgebieten zurückzuführen, die das Wesen der Novation selbst unberührt lassen.

Besonders gilt dieses für den Vergleich, den das ABGB für eine Neuerung erklärt, ferner gilt dies für die Streitfragen, die bei dem Kontokorrent auftreten.

Die weitgehende Übereinstimmung der beiden Rechte hat seinen wesentlichsten Grund darin, daß der historische Ursprung der Novation bei beiden der gleiche ist: das römische Recht. Die Streitigkeiten und Verworrenheiten des gemeinen Rechtes, die der Novationslehre anhafteten, sind sowohl im österreichischen wie im reichsdeutschen Recht zum allergrößten Teil überwunden, so daß die Novation des heutigen

Rechtes sich trotz vieler tiefgreifender Unterschiede mehr dem römischen Recht, seinem Ursprung, nähert. Die Tatsache, daß beide Rechte diesen Vorgang aufweisen können, erklärt in vielem ihre Übereinstimmung.

Das geltende reichsdeutsche Recht beweist, daß eine nähere Ausgestaltung der Novation nicht notwendig ist, die bestehenden Vorschriften über datio in solutum und Leistung erfüllungshalber genügen vollständig, die Ausgestaltung der Novation in ganz bestimmte Bahnen zu lenken. Diese Tatsache erklärt es, daß das ABGB in vielen Bestimmungen über den Neuerungsvertrag nur das wiederholt, was bei der Regelung anderer Rechtsgebiete bereits ausgesprochen wurde. Ohne der gesetzlichen Regelung Österreichs die Vorzüge absprechen zu wollen, die ihr fraglos gebühren, halte ich die reichsdeutsche gesetzliche Regelung für vorteilhafter. Die Rechtsangleichung würde sich auf dem Gebiete der Novation sehr einfach dahin gestalten, daß das ABGB die Vorschriften über die Neuerung vollkommen aufgibt und an die Stelle des § 1379 eine dem § 364 DBGB entsprechende kurze Vorschrift setzt.

Es würden sich in einer solchen Regelung keine Schwierigkeiten für das österreichische Recht ergeben, vielmehr würden hierdurch eine Reihe überflüssiger Vorschriften verschwinden.

Es ist ein verhältnismäßig sehr kleines Gebiet, das hier auf die Probleme hin betrachtet wurde, die sich bei der Vereinigung der beiden deutschen Länder ergeben könnten. Wenn aber im übrigen eine annähernd gleiche Übereinstimmung in dem inneren Wesen der deutschen und österreichischen Rechtseinrichtungen und auch sonstigen Einrichtungen des öffentlichen und privaten Lebens vorliegt, so sind für eine Vereinigung alle Vorbedingungen gegeben. Die selbständige Entwicklung durch Jahrhunderte, die in vieler Hinsicht Unterschiede schuf, rührte nicht an dem innersten Grund, der Tatsache, daß es sich um deutsche Länder handelt. —

Schriftwerke.

Adler, Julius, Die Einwirkung der Wechselbegebung auf das kausale Schuldverhältnis in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 64, Seite 127 ff.

Arndts—Pfaff—Hofmann, Lehrbuch der Pandekten, 13. Auflage, Stuttgart, 1886.

von Blume, Wilhelm, Novation, Delegation und Schuldübertragung. Göttingen, 1895.

Brinz, Alois, Lehrbuch der Pandekten, 2. Band, 1. Abt. 2. Auflage. Erlangen 1879.

Crome, Carl, System des bürgerlichen Rechts, Band 1, 1900; Band 2, 1902, Tübingen.

David, Zur Rechtsnatur des Vergleichs, in Das Recht 1903, Seite 12.

Dernburg, Heinrich, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 5. Auflage, Band 1. Halle 1894. Band 2. Halle 1894.

Düringer—Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, IV. Band. 3. Auflage. Mannheim 1932.

Ebbecke, Formvorschriften in Das Recht 1911, Seite 633 ff.

Ehrenzweig, Arnim, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Auflage.
1. Band, 1. Hälfte, Allgemeiner Teil, Wien 1925.
1. Band, 2. Hälfte, Sachenrecht, Wien 1923.
2. Band, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, Wien 1928.

Eisner, Zur Lehre von der Gewährleistung nach österreichischem allgemeinen Privatrechte in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 39, Seite 575 ff.

Enneccerus, Ludwig, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889.

Enneccerus—Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 13. Bearb. Marburg 1931.

Enneccerus—Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, **11.** Bearb. Marburg 1930.

Enneccerus—Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, **12.** Bearb. Marburg 1932.

Fischer—Henle—Titze, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage. München 1932.

Förster—Eccius, Preußisches Privatrecht, 2. Band, 6. Auflage, Berlin 1892.

Grawein, Alexander, Verjährung und gesetzliche Befristung, Leipzig 1880.

Grünhut, Das Recht des Contocorrentverkehrs in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 3, Seite 472 ff.

Hasenöhrl, Victor, Das österreichische Obligationenrecht, 1. und 2. Band, Wien 1881.

Hellwig, Konrad, Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.
Derselbe, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
Hruza, Ernst, Zur Lehre von der Novation nach österreichischem und gemeinem Recht. Erlangen 1881.
Isay, Hermann, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 48, Seite 187 ff.
Isele, Helmut, Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkehr im Archiv für zivilistische Praxis, Band 129, Seite 129 ff.
Jaeger, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung, 2. Band. 5. Auflage, Berlin 1914.
Keller—Friedberg Pandekten, Berlin 1861.
von Kirchstetter, Ludwig, Commentar zum Österreichischen Allgemeinen Gesetzbuch, 5. Auflage, Leipzig 1894.
Klang, Heinrich, Geldentwertung und juristische Methode, Wien 1925.
Derselbe, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch,
1. Band, Wien 1929,
2. Band, 1. Hälfte, Wien 1928,
2. Band, 2. Hälfte, Wien 1931,
3. Band, Wien 1932,
4. Band, Wien 1929.
Klein, Peter, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, Wien 1907.
Klingmüller, Fritz, Causa und Schuldversprechen in der Zeitschrift für Handelsrecht, Band 35, Seite 259 f.
Kohler, Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Teil, Schuldrecht, Berlin 1906.
Krasnopolski, Horaz, Österreichisches Obligationenrecht, herausgeben von Bruno Kafka. Leipzig-Wien 1910.
Derselbe, Besprechung von Hruza, Zur Lehre von der Novation in der Kritischen Vierteljahresschrift, Band 25, Seite 19 ff.
Kremer, Heinrich, Das Kontokorrent in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 37, Seite 129 ff.
Kreß, Hugo, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.
Krückmann, Nachlese zu Unmöglichkeitslehre in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 57, Seite 1 ff.
Leonhard, Franz, Allgemeines Schuldrecht des BGB, München 1929.
Lessing, H., Scheckgesetz, 2. Auflage, 1926.
Loewy, Präjudiz und Verjährung in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 6, Seite 173 ff.
Marder, Karl, Die Verpflichtung der Kommunen zur Aufwertung ungesicherter Restkaufgeldansprüche in der Juristischen Wochenschrift 1926, Seite 2353.
Mayr, Robert, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts
1. Band, 1. Buch, Allgemeine Lehren, Reichenberg 1922,
2. Band, 3. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Reichenberg 1923.
Michaelis, Richard, Das Aufwertungsrecht nach den Aufwertungsgesetzen und nach allgemeinem bürgerlichem Rechte, Berlin 1926.
Mitteis, Ludwig, Zur Lehre von der Ungiltigkeit der Rechtsgeschäfte in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 28, Seite 85 ff.
Mügel, Oskar, Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Auflage, Berlin 1927.
Nauk, Zur Aufwertungsverpflichtung der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände bei Restkaufgeldansprüchen in der Juristischen Wochenschrift 1926, Seite 2065.
Oertmann, Paul, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1928.
Pantle, Manfred, Die Novation nach dem Rechte des BGB, Tübinger Dissertation 1930.

Pisko, Oskar, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes, Wien 1923.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Auflage,
1. Hälfte, Berlin 1914,
2. Hälfte, Berlin 1928.
Quassowski, L., Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen, 4. Auflage, Mannheim 1926.
Regelsberger, Die rechtliche Natur der Abrechnung in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 46, Seite 1 ff.
Derselbe, Nachschrift zu „Der Kreditvertrag" in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 52, Seite 411 ff.
Reichel, Hans, Unklagbare Ansprüche in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 59, Seite 409 ff.
Reichsgerichtsräte, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1. Band, 6. Auflage, Berlin 1926.
Riezler, Erwin, Die Anfechtbarkeit schwebend nichtiger Willenserklärungen in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Band 74, Seite 189 ff.
Risch, Die Lehre vom Vergleiche, 1855.
Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt, 1860.
Rümelin, M., Zur Lehre von dem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse im BGB im Archiv für zivilistische Praxis, Band 97, Seite 24 ff.
Salkowski, Karl, Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht, Leipzig 1866.
von Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht, Berlin 1864.
Schauberg, Rudolf, Über Novation durch Wechsel in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Band 11, Seite 193 ff.
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig, Beiträge zur Lehre vom Vergleich in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, 42. Heft, Breslau 1929.
Schöninger, Adolf, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechtes, Tübingen 1906.
Schuster von Bonnot, Maximilian, Grundriß des Obligationenrechts, Leipzig 1899.
Siber, Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band, Schuldrecht, Leipzig 1931.
Sintenis, Carl Friedr. Ferdinand, Das praktische gemeine Civilrecht, 2. Band, 3. Auflage, Leipzig 1868.
Staub—Koenige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12/13. Auflage, 3. Band, Berlin 1926.
Staub—Pisko, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche, Ausgabe für Österreich, 2. Auflage, Wien 1910.
Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, Allgemeiner Teil, bearb. von Loewenfeld-Riezler, 9. Auflage, München 1925.
2. Band, Recht der Schuldverhältnisse,
1. Teil, bearb. von Werner, 9. Auflage 1925,
2. Teil, bearb. von Kober-Nipperdey, 9. Auflage 1925,
3. Teil, bearb. von Kober-Engelmann-Geiler, 9. Auflage 1929,
4. Band, Familienrecht,
2. Teil, bearb. von Engelmann, 9. Auflage 1926,
sämtlich in München.
Stein — Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 13. Aufl., Tübingen 1926.
Strohal, E., Besprechung von Hruza, Zur Lehre von der Novation in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 10, Seite 410 ff.

von Stubenrauch, Moritz, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage,
1. Band, Wien 1902,
2. Band, Wien 1903.
Unger, Joseph, Novation aus: Fragmente aus einem System des österreichischen Obligationenrechts in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Band 15, S. 554 ff.
Derselbe, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. und 2. Band, 4. Auflage, Leipzig 1876.
Derselbe, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, 1857.
Derselbe, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 1, Seite 357 ff.
Warneyer, Otto, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 2. Auflage, Tübingen 1930.
Wilutzky, Die Verfügungen des BGB im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 28, Seite 53 ff.
Windscheid—Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 9. Auflage, Frankfurt a. M. 1906.
Witte, H., Besprechung von Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht in der kritischen Vierteljahrsschrift, Band 8, S. 169 ff., 321 ff.
Wolff, Martin, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band IV, 1, Seite 7 ff.

An Entscheidungssammlungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung wurden verwendet:

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Deutsche Juristen Zeitung.
Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofes.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
Juristische Wochenschrift.
Das Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktiker.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes.
Sammlung der zivilrechtlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, begründet von Glaser und Unger, zuletzt herausgegeben von Schey und Stepan. (zit. Glaser-Unger.)
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Zeitschrift des gesamten Handels- und Konkursrechtes.

Lebenslauf.

Ich wurde am 26. August 1902 als Sohn des Oberpostinspektors Richard Skrotzki in Leipzig geboren und besuchte die Realgymnasien in Angerburg und Goldap (Ostpr.) und das Friedrich-Wilhelms Realgymnasium in Stettin, an dem ich im März 1922 meine Reifeprüfung bestand. Darauf erlernte ich den Beruf des Bankbeamten vom April 1922 bis zum Oktober 1924 an der Dresdner Bank Filiale Stettin, wo ich als Bankbeamter bis Ende 1924 verblieb. Am 1. Januar 1925 trat ich zur Firma Gebrüder Horst in Stettin über, bei der ich bis zu Beginn meines Studiums, April 1927, verblieb. Dann studierte ich vom Sommersemester 1927 bis zum Wintersemester 1931/32 mit einer Pause, während welcher ich eine vorübergehende kaufmännische Tätigkeit ausübte, die Rechtswissenschaften in Breslau und Berlin. Am 10. Dezember 1932 bestand ich am Oberlandesgericht in Breslau das erste juristische Staatsexamen. Zur Zeit befinde ich mich im Ausbildungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Stettin.